كتاب القضاء

تقرير أبحاث

آية الله العظمى الإمام السيد

محمد رضا الموسوي الگلپايگاني

دام ظله الوارف

الجزء الأول

بقلم

السيد علي الحسيني الميلاني

بسم الله الرحمن الرحیم

کتاب القضاء

کاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعهٔ:

محمود شریعت المهدوی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

کتاب القضاء المجلد ۱

اشاره

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان و نام پدیدآور : کتاب القضاء/ السید علی الحسینی المیلانی

مشخصات نشر : قم: شریعت، ۱۴۱۳ق.= -۱۳۷۱

مشخصات ظاهری : ج۲.

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ اول: ۱۴۰۱ق.= ۱۳۵۹، چاپ دوم: ۱۴۱۳ق.= ۱۳۷۱.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

مندرجات : ج. ۱. قضا و اوصاف قاضی.

موضوع : زبان عربی -- معانی و بیان -- اصطلاح ها و تعبیرها

رده بندی کنگره : PJA۲۰۲۸/ح۵۴ق۶ ۱۳۷۱

رده بندی دیویی : ۸۰۸/۰۴۹۲۷

ص :۱

مقدمه

بِسْمِ اَللّهِ اَلرَّحْمنِ اَلرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمین، و الصلاه و السلام علی سیدنا محمد و آله الطاهرین، لا سیما خلیفه اللّه فی الأرضین الإمام الثانی عشر الحجه ابن الحسن العسکری أرواحنا فداه، و لعنه اللّه علی أعدائهم أجمعین من الأولین و الآخرین.

اللهم انا نرغب إلیک فی دوله کریمه تعز بها الإسلام و أهله و تذل بها النفاق و أهله، و تجعلنا فیها من الدعاه إلی طاعتک و القاده الی سبیلک، و ترزقنا بها کرامه الدنیا و الآخره.

و بعد:

فان لکل موجود من الموجودات التی یشاهدها الإنسان نظاما دقیقا متقنا یسیر علیه و لا یحید عنه و ذلک «صُنْعَ اَللّهِ اَلَّذِی أَتْقَنَ کُلَّ شَیْءٍ» ، کما یشاهد الإنسان کذلک نظاما کلیا محکما، و سننا إلهیه ثابته تخضع لها الکائنات بأسرها، و تلک سنه اللّه «وَ لَنْ تَجِدَ لِسُنَّهِ اَللّهِ تَبْدِیلاً» .

و لم یکن الإنسان الذی خلقه اللّه تعالی و کرمه و فضله علی کثیر ممن خلق کما قال عز من قائل «وَ لَقَدْ کَرَّمْنا بَنِی آدَمَ وَ حَمَلْناهُمْ فِی اَلْبَرِّ وَ اَلْبَحْرِ وَ رَزَقْناهُمْ مِنَ اَلطَّیِّباتِ وَ فَضَّلْناهُمْ عَلی کَثِیرٍ مِمَّنْ خَلَقْنا تَفْضِیلاً» (۱) بدعا من سائر الموجودات من هذه الناحیه، بل ان الإنسان أحق و أولی منها فی أن یکون له نظام، لان الموجودات الأخری قد خلقت لأجله و سخرت له و جعلت تحت سلطنته لتعینه علی السیر فی الصراط المستقیم المرسوم له حتی یصل الی الغایه المنشوده التی لأجلها خلق.

فکان لا بد للإنسان أیضا من نظام یحدد له تصرفاته فی مختلف شئونه الخاصه منها و العامه، و یتناسب مع شتی حالاته، و ذلک النظام هو الذی یعبر عنه ب «الدین» ، و یعرف بأنه «ما شرع اللّه لعباده علی لسان رسله» ، حتی بعث سیدنا و مولانا محمد المصطفی صلی اللّه علیه و آله و سلم و کان ما جاء به هو النظام الأتم و القانون الادق، و من ثم کان هذا الدین خاتمه الأدیان.

ان الدین الإسلامی هو النظام الوحید الذی یستجیب لنداء الإنسان و یتلائم مع فطرته التی خلق علیها، و انه النظام الذی یتکفل سعاده الإنسان و رقیه إلی أعلی درجات الکمال و یأخذ بیده الی ما فیه خیره فی عاجله و آجله.

لقد اهتم الدین الإسلامی بکل ناحیه من نواحی الحیاه الإنسانیه بالقدر اللازم من الاهتمام، و علی هذا الأساس بذل بالنسبه إلی صیانه

۱- ۱) سوره الإسراء:۷۰.

حقوق الإنسان و حفظ النظام العام اهتماما بالغا للأهميه البالغه لهذه الناحيه من حياه الإنسان، فشرع لها القوانين الحقوقيه الثابته، و حدد علاقه الإنسان بالإنسان و ما يجب له و عليه تجاه الآخرين، و صله الفرد بالمجتمع و حدود المسئوليات الفرديه و الاجتماعيه، الی غير ذلک من المسائل المتعلقه بهذا المجال من مجالات الحياه.

و قد أشارت الآيه الكريمه «لَقَدْ أَرْسَلْنا رُسُلَنا بِالْبَيِّناتِ وَ أَنْزَلْنا مَعَهُمُ اَلْكِتابَ وَ اَلْمِيزانَ لِيَقُومَ اَلنّاسُ بِالْقِسْطِ وَ أَنْزَلْنَا اَلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَ مَنافِعُ لِلنّاسِ .» (1) الی طريقه الإسلام فی معالجه المشاكل التی تعرض الإنسان و المجتمع فی هذا المقام. و توضيح ذلک بايجاز هو: ان الغرض من خلق الإنسان هو إيصاله عن اختيار الی الكمال المعنوی و الفوز برضی اللّه عز و جل و القرب منه، و ذلک لا يتحقق الا بتنميه الروح الإنسانيه المودعه فيه و فطرته السليمه التی خلق عليها، و تعديل الغرائز المختلفه الكائنه فيه، فأرسل اللّه سبحانه رسله بالبينات و أنزل معهم الكتاب و الحكمه و الميزان لتحقيق هذا الغرض، و قال النبی صلی اللّه عليه و آله و سلم: «انما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق» ، فجاء «ص» بتعاليم أخلاقيه ساميه و علم الكتاب و الحكمه، و دعا الی تهذيب النفوس، و أمر بالعدل و الإحسان، و نهی عن الفحشاء و المنكر و البغی، و قد نجح -الی حد بعيد- فی هذا المجال، فكان فی نفس كل انسان مسلم متأدب بآدابه وازع داخلی يمنعه من الاقتراب من أموال الآخرين و النيل من إعراضهم

1- 1) سوره الحديد:25.

و التعدی علی حقوقهم.

و قـد جعل فی الشـریعه الإسـلامیه إلی جانب ذلک الإحکام القضائیه و القوانین الجزائیه لتکون سـدا أمام من لم ینتفع بالآیات و الحکم و لم تؤثر فیه المواعظ و الآداب، فمال مع غرائزه النفسانیه التی تحمل الإنسان علی أن لا یقتنع بحقوقه و تـدفعه الی الظلم و التعـدی علی حقوق الآخرین، فجعل «القاضـی» لأن یکون مرجعا للناس لفصل الخصومات و قطع المنازعات، و جعل «الحدید» فیه بأس شدید تستأصل به جذور الفساد و عناصر البغی فی المجتمع.

و من وقف علی جزئیات تلک التشـریعات فی الفقه الجعفری عرف مـدی الدقه المبذوله فیها من جهه و مدی تلائمها مع الفطره الإنسانیه من جهه أخری، و لا عجب فإنها تشـریعات متخـذه من أخبار أهل بیت الوحی و الرساله، و هی مسـتمده من جدهم عن اللّه عز و جـل العـالم الخبیر بمـا یصـلح شـأن العبـاد و ینظم أمورهم، و ذلک قوله تعالی «أَ لا یَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَ هُوَ اَللَّطِیفُ اَلْخَبِیرُ» ((۱)) . و حینئذ یسقط عن الاعتبار و الاعتماد سائر التشریعات المنسوبه إلی السماء فکیف بالقوانین الوضعیه الحدیثه؟ .

فشـکر اللّه سـعی علمائنا الأبرار الـذین نقحوا هذه المسائل و رووا أخبارها و جمعوا آثارها، و کتبوا هذه البحوث العلمیه الراقیه و درسوها و خلدوها الی یومنا الحاضر.

و عند ما انبثقت الثوره فی بلادنا ضد النظام الامبراطوری و أطاحت

۱- ۱) سوره الملک:۱۴.

به و طالبت الأمه بالعوده بها الی أحكام الإسلام و أقیمت المحاكم الشرعیه، قام سیدنا الأستاذ الأكبر فقیه الأمه و زعیم الحوزه العلمیه، المرجع الدینی الكبیر، آیه اللّه العظمی الحاج السید محمد رضا الموسوی الگلپایگانی دام ظله الوارف بتدریس «كتاب القضاء» (۱)) لإعداد ثله من الفضلاء للتأهل بتولی هذا المنصب الخطیر.

و الحق أنها بادره منه دام ظله جدیره بالتقدیر، فان القضاه إذا صلحوا و ساروا علی النهج الصحیح، و حكموا بالحق و هم یعلمون، و أقاموا العدل. قام المجتمع بالقسط و ساده الأمن و انتشر فیه الصلاح، و أما إذا تولی القضاء من لیس أهلا له، أو اتبع هواه عند الحكم أو جار فیه انتشرت الفوضی و اختل النظام و فسدت البلاد و العباد.

هذا و قد وفقت لتدوین ما یلقیه سیدنا الأستاذ فی بحثه الشریف، و عرضته علیه فلاحظه و أقره، فلما اكتمل جزء استأذنته فی نشره- نزولا عند رغبه بعض الزملاء الأفاضل-فأذن بذلک. و انی إذ أقدم هذا المجهود العلمی-مع تعلیقات علی بعض مواضعه- الی زملائی الفضلاء و إخوانی العلماء أسأل اللّه عز و جل أن یمن علینا بدوام وجود سیدنا الأستاذ، و أن یجعل أعمالنا خالصه لوجهه الكریم انه سمیع مجیب.

قم المقدسه ۱۸ رمضان ۱۴۰۱ علی الحسینی المیلانی

ص:۹

كتاب القضاء

القضاء فی اللغه و الاصطلاح

هو لغه لمعان کثیره و لا- حاجه الی بیانها فلیراجع کتب اللغه (۱)) أما فی عرف الأصحاب فقد قیل: هو فصل الخصومه بین المتخاصمین و تطبیق الاحکام علی مواردها الجزئیه، بأن یحکم بأن هذه الدار لزید، کما أن الفتوی عباره عن الحکم الکلی الإلهی بغض النظر عن تطبیقه.

ص:۱۰

و قيل: هو الولايه على تطبيق الحكم الجزئى فى الموارد الجزئيه (۱)) .

أقول: و الظاهر أن القضاء هو «الحكم» ، و هو أحد معانيه المذكوره فى اللغه، و هو الأنسب بموارد استعماله، قال تعالى:

« وَ قَضى رَبُّکَ أَلّا تَعْبُدُوا إِلاّ إِیّاهُ .» (۱)) .

الا أن هـذا الحکم الـذی یجب اطاعته و تنفیـذه لا بـد أن یکون ممن نصب لـذلک من قبل اللّه تعالی، قال عز و جل «یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی اَلْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ اَلنّاسِ» (۱)) .

أو من قبـل النبی صـلی اللّه علیه و آله و سـلم أو الإمـام علیه السـلام امـا خصوصـا أو عموما کما فی روایه أبی خـدیجه: «و لکن انظروا.

» (۲)) .

و هو حکم مطابق للحکم الإلهی، فلیس فصل الخصومه من القاضـی بفتوی الفقیه أو الفقهاء، بل انه حکم یصـدره و من آثاره و خواصه وجوب تنفیذه علی الکل حتی الفقهاء، -و هذه حیثیه أخری للتفریق بین المفتی و الحاکم (۲)) إلا إذا قطع أحدهم بعدم تمامیه

۱- ۱) سوره ص:۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۴.

بعض مقدمات حکم من الاحکام، أو لم یقل بولایه الفقیه (۱)) .

و بالجمله فالمراد من الحکم هنا هو ما یصدره القاضی بعنوان الولایه و السلطنه الشرعیه (۲)) لا ـ بعنوان الاخبار عن فتوی أو اجتهاد لنفسه أو غیره، و لهذا الحکم آثار شرعیه کعدم جواز نقضه حتی من مجتهد آخر، و عدم ضمان القاضی مع عدم تقصیره فی مقدمات الحکم-الی غیر ذلک.

القضاء فی الشریعه:

ثم ان القضاء أمر ثابت فی الشریعه لا یمکن المناقشه فیه، و تدل علیه الایات (۳)) .

ص:۱۳

و الروايات البالغه حد التواتر عندنا (۱)) ، فإنها تدل على ثبوت أصل القضاء فى الشريعه الغراء من قبل اللّه عز و جل بين الناس.

و العقل أيضا يحكم بوجوبه، فكما أن قاعده اللطف تقضى بوجود أحكام بين الناس من قبل اللّه عز و جل، كذلك تقضى بوجود ولى يقضى بينهم فى موارد الاختلاف حسما للنزاع و دفعا للخصومه، و أنه لا يجوز على اللّه سبحانه أن يترك الناس سدى من غير ولى يرجعون اليه عند الخصومه و النزاع ليرفعها و يأخذ للمظلوم حقه من الظالم.

بل ان القضاء أمر ضرورى من ضروريات الدين، و لذا نرى المحقق «قده» فى الشرائع لا يتعرض لهذه الناحيه لأنه أمر مسلم مفروغ عنه.

وجوب القضاء:

هذا و لا يجوز التصدى للقضاء لمن لم يكن واجدا للشرائط المعتبره الاتيه (۲)) و أما الواجد فهل يجب عليه ذلك؟ أما الوجوب:

ص:۱۴

فـإنه واجب كفـائى، لأـن الغرض حفـظ النظـام به كسـائر الواجبات الكفائيه المتوقف عليها حفظ نظام المجتمع الإسـلامى، و قد يجب عينا فى صوره عـدم تصـدى أحـد له، و متى لم يتوفر الواجد للشـرائط أو وجد و لم يتصد له فهل يجب تحصـيلها أو حمل الغير على ذلـك؟ الظاهر ذلک لتوقف حفظ النظام عليه أولا (۱)) ، و لانه لو لم يكن ذلک لتصـداه غير أهله و هو ينافى الإراده التشريعيه للّه عز و جل ثانيا.

و هذا الواجب كفائى و مع عدم قيام أحد به فالكل معاقبون.

ص:۱۵

صفات القاضی

اشاره

البلوغ. العقل. الایمان. العداله. طهاره المولد العلم. الضبط. الکتابه. الذکوره. السمع و البصر و النطق. الحریه.

ص:۱۷

صفات القاضی:

الأصل: عدم نفوذ حکم أحد فی حق أحد، لکن قام الدلیل-نقلا و عقلا-علی نفوذ حکم أشخاص. فالنبی صلی اللّه علیه و آله و سلم لا ریب فی نفوذ حکمه لأنه خلیفه اللّه فی الأرض و صاحب الولایه الکبری المقتضیه لنفوذ حکمه. و قد قال عز و جل «فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لا یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً» (۱)) کما لا ریب فی ولایه الأئمه من أهل بیته و عترته و نفوذ حکمهم للأدله المعتبره الداله علی ذلک کتابا و سنه، و من ذلک قوله تعالی «یا أَیُّهَا اَلَّذِینَ آمَنُوا أَطِیعُوا اَللّهَ وَ أَطِیعُوا اَلرَّسُولَ وَ أُولِی اَلْأَمْرِ مِنْکُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِی شَیْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَی اَللّهِ وَ اَلرَّسُولِ إِنْ کُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَ اَلْیَوْمِ اَلْآخِرِ.» (۱)) .

ص:۱۹

۱- ۱) سوره النساء:۶۵.

و لا ریب فی أنه صلی اللّه علیه و آله و سلم قد تصدی لذلک و کان ینصب أو یرسل بعض أصحابه لفصل الخصومات و قطع المشاجرات. و کذلک فعل مولانا أمیر المؤمنین علیه الصلاه و السلام. و هذا یدل علی أنه یمکن إعطاء هذا المنصب لبعض الأشخاص و تولیتهم القضاء (۱)) فمن یصح نصبه لهذا الأمر؟ و من الذی ینفذ حکمه و ان لم یکن منصوبا بالخصوص؟ و ما هی صفاته؟

۱-البلوغ

قال المحقق قدس سره: «و یشترط فیه البلوغ» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی اشتراط البلوغ فی القاضی فلا

ص:۲۰

ينعقد القضاء لغير البالغ (١)) ، لانه قاصر محتاج إلى الولى و لا تنفذ أعماله فى حق نفسه و لا ولايه له عليها، فكيف يكون وليا على غيره؟

٢-العقل:

قال: «و كمال العقل» أقول: لا ريب و لا خلاف فى اشتراطه كذلك و لا حاجه الى الاستدلال عليه (٢)) .

٣-الايمان:

قال: «و الايمان» .

أقول: قد يراد به الايمان المقابل للكفر، فلا ينعقد القضاء

لکافر، قال اللّه تعالی «أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ .» ((۱)) و قال صلی اللّه علیه و آله و سلم:

«الإسلام یعلو و لا یعلی علیه» ((۲)) .

و قد یراد به الایمان بالمعنی الأخص، و هو کونه إمامیا اثنی عشریا. قال فی الجواهر: هو من ضروریات مذهبنا، و یدل علی اشتراطه النصوص الکثیره البالغه حد الاستفاضه بل التواتر، الناهیه عن الترافع الی قضاه الجور و حکام المخالفین-الا عند التقیه- و المقتضیه عدم جواز التصرف فی ما حکم به قاضی الجور و ان کان حقا ((۱)) .

۱- ۱) سوره النساء:۶۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۷-۳۷۶.

۴-العداله:

قال: «و العداله» .

قال بعض علمائنا المعاصرین: هذا الشرط یغنی عن اشتراط «الایمان» . و یمکن الاستدلال لاشتراط العداله بقوله سبحانه:

«لا یَنالُ عَهْدِی اَلظّالِمِینَ» (۱)) لأن الولایه علی القضاء و نفوذ الحکم عهد من اللّه تعالی و الفاسق ظالم فلا یناله عهده (۱)) .

و یدل علیه النصوص الکثیره (۲)) .

۵-طهاره المولد:

قال: «و طهاره المولد» .

أقول: لا دلیل یدل علیه بالخصوص. قال فی الجواهر: هو واضح

۱- ۱) سوره البقره:۱۲۴.

بناء على کفره (۱)) أما على غيره فالعمـده الإجماع المحکى و فحوى ما دل على المنع من إمامته و شـهادته ان کان و قلنا به.» و لکن لا يحضـرنى الان دليل له هـذا الفحوى بحيث يسـتدل به و يعتمـد عليه لـذلک، اللهم الا بتنقيح المناط أو إثبات الأولويه، و الانصاف ان کل ذلک مشکل، فالعمده الإجماع المحکى عن جماعه (۲)) .

۶-العلم:

اشاره

قال: «و العلم» .

أقول: لا ريب فى عدم نفوذ حکم الجاهل بالأحکام الشرعيه و أنه يشترط کون القاضى عالما، فعن أبى عبد اللّه عليه السلام قال:

«القضـاه أربعه ثلاثه فى النار و واحـد فى الجنه: رجل قضـى بجور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضـى بجور و هو لا يعلم فهو فى النار و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق

و هو يعلم فهو فى الجنه» ((۱)) .

فهـل المراد من العلم (۱)) فى هـذا الخبر و نحوه الاجتهـاد المطلق أو يعم المتجزى و علم المقلـد الـذى يحكم بفتوى مقلـده أو ناصبه أيضا؟

ص:۲۵

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۱.

لقـد حكى الإجماع على لزوم كون القاضـى مجتهـدا، و القـدر المتيقن منه «المجتهد المطلق» و أما بالنسـبه إلى غيره فنقول: تاره يقال بأن حكم الحاكم موضوع للنفوذ و وجوب الامتثال، و أخرى يقال بأنه بيان لحكم الامام عليه السـلام فيكون كناقل الحكم، فبنـاء على الثـانى ينفـذ حكمه سواء كـان مقلـدا أو مجتهـدا مطلقا أو متجزيا و على الأول يكون لحكمه موضوعيه فيتوقف جواز الرجوع الى المقلد و المتجزى و نفوذ حكمهما على حجه شرعيه، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ.

و قد استدل لجوازه بروايه أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال:

قال أبو عبـد اللّه جعفر بن محمـد الصادق عليه السـلام: «إياكم أن يحاكم بعضـكم بعضا الى أهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شـيئا من قضايانـا فـاجعلوه بينكم فانى قـد جعلته قاضـيا فتحاكموا إليه» (۱) فان كلا من المقلـد و المجتهـد المتجزى «يعلم شيئا.»

ص:۲۷

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۴.

و قوله عليه السلام: «فانى.» يكشف عن أن القضاء منصب و ليس وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و الروايه تعم زمان الغيبه و الحضور معا، لكن قال المجلسى «قده» هى خاصه بزمان الحضور، و لم يكن القضاه فى ذلك الزمان مجتهدين بل كانوا يروون أحكام الأئمه و يرجعون إليهم، و فيه: ان ظاهر قوله عليه السلام: «يعلم شيئا.» اشتراط كونه عالما سواء مع الواسطه أو بدونها فلا اختصاص بزمان الحضور، و سواء علم بالكبريات و عرف تطبيقها على الموارد الجزئيه باجتهاده أو لم يكن كذلك خلافا للعلامه المذكور حيث استظهر منها الدلاله على اعتبار الاجتهاد.

و الروايه مشتهره بين الأصحاب كما فى المسالك. و هو يجبر ضعف سندها لو كان-يرويها الشيخ الكلينى «قده» عن أحمد بن محمد بن خالد، و طريقه اليه صحيح، و أحمد ثقه و «أبو خديجه» ضعفه الشيخ و وثقه النجاشى و العلامه فى المختلف و أبو على فى كتاب الرجال الكبير، و لدى التعارض بين الجرح غير المفسر و التعديل فالتعديل مقدم (۱)) .

ص:۲۸

الا أن مقتضی قول صاحب الزمان أرواحنا له الفداء: «و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواه حدیثنا فإنهم حجتی علیکم و أنا حجه اللّه» (۱) و مقبوله عمر بن حنظله: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجلین من أصحابنا بینهما منازعه فی دین أو میراث فتحاکما الی السلطان و الی القضاه أ یحل ذلک؟ قال: من تحاکم إلیهم فی حق أو باطل فإنما تحاکم الی الطاغوت و ما یحکم له فإنما یأخذ سحتا و ان کان حقا ثابتا له لأنه أخذه بحکم الطاغوت و ما أمر اللّه ان یکفر به، قال اللّه تعالی یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ .

قلت: فکیف یصنعان؟ قال: ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فلیرضوا به حکما فانی قد جعلته علیکم حاکما، فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنما استخف بحکم اللّه و علینا رد و الراد علینا کالراد علی اللّه و هو علی حد الشرک باللّه» (۲) لزوم کون القاضی مجتهدا.

و هذه الروایه أیضا مشتهره بین الأصحاب کما فی المسالک

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۰۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۹۸.

کـذلک، و یکفی لاعتبارهـا اشـتهارها بـالمقبوله بینهم، بل لا یوجـد فی سـندها من توقف فی توثیقه الا «داود بن الحصـین» قال الشیخ:

واقفی، لکن وثقه النجاشی، فهی موثقه معتبره (۱)) .

ص:۳۰

أقول: و يمكن الجمع بين روايتى أبى خـديجه و عمر بن حنظله بـأن يقـال: بـأنه لا تنافى بين منطوقيهما، و انما التنافى بين مفهوم روايه ابن حنظله و منطوق روايه أبى خـديجه، فـإن مفهوم تلـك: من لم يرو حـديثنا و لم ينظر فى حلالنـا و حرامنـا فغير مجعول للقضاء، و منطوق هذه: «. يعلم شيئا.» لكن التنافى هو بالإطلاق

ص:٣١

و التقييـد، فـالمنطوق مقيـد و المفهوم مطلق، و حينئـذ يتقـدم خبر أبى خـديجه لأنه منطوق أولا (۱)) ، و لاـنه مقيـد ثانيا، فتكون النتيجه:

«. قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا» و هو «يعلم شيئا من قضايانا.» .

و قد يقال: ان روايه أبى خديجه مطلقه كذلك، لأنها تدل على نفوذ حكم من «يعلم شـيئا» سواء كان «راويا» و «ناظرا فى الحلال و الحرام» أولاـ فلاـ يتم الجمع بينهمـا بما ذكر، الا أن يقال: بأن الميزان هو «العلم» كما فى روايه «القضاه أربعه» و أن «الروايه» و «النظر» ليس لهمـا موضوعيه بـل اعتبرا كمقـدمه و طريق لحصول «العلم» . و بعبـاره أخرى: التقييـد ب «الروايه» و «النظر» محمول على الغلبه لا الاحتراز، لانه ظاهر فى الطريقيه لا الموضوعيه حتى يكون وصـفا يحترز به عن الظن ليسـقط حكم غير المجتهد عن درجه الاعتبار، و يؤيـد الحمل المـذكور أنه يبعد جدا أن لا ينفذ حكم من «عرف الاحكام» و لكن لم يرو شـيئا من حديثهم، فلو كان التقييد ب «الروايه» احترازيا كان المعنى: من لم يرو شيئا من أحاديثنا فلا ترجعوا اليه و ان كان عارفا بأحكامنا و عالما بشىء من قضايانا.

و يؤيد ما ذكرنا أن بعض الرواه كانوا يتعلمون الحكم من الامام

علیه السلام فی الواقعه ثم یقضون به، کما فی روایه عبد اللّه بن طلحه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «سألته عن رجل دخل علی امرأه.

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: اقض علی هذا کما وصفت لک:

فقال: یضمن موالیه.» (۱).

و فی أخری: «عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لما ولی أمیر المؤمنین علیه السلام شریحا القضاء اشترط علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه» ((۲)) .

و حینئذ فمن «یعلم شیئا.» سواء عن اجتهاد أو تقلید مجعول من قبل الامام علیه السلام حاکما، و یکون حکمه نافذا، و حاصل ذلک نفوذ حکم القاضی العالم بالأحکام تقلیدا فضلا عن المجتهد المتجزی.

الا ـ أن یجمع بین الخبرین بنحو آخر فیقال: ان المعتبره تشترط «العلم بشیء من قضایاهم» أی الاحکام و کیفیه القضاء بین المتخاصمین، و المقبوله تشترط «الروایه» و «النظر فی الحلال و الحرام» و «معرفه الاحکام» ، أی: الاجتهاد، فیکون الشرط المعتبر: الاجتهاد مع العلم بشیء من قضایاهم. جمعا بین الخبرین بناء علی ظهورهما فی المعنیین المذکورین، فلا ینفذ حکم المتجزی فضلا عن المقلد هذا کله بناء علی ظهور معتبره أبی خدیجه فی جعل منصب

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۹-۴۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۶.

القضاء لمن «يعلم شيئا» من قضاياهم عليهم السلام كما هو الصحيح خلافا لبعض علمائنا المعاصرين حيث قال: «ان الروايه غير ناظره إلى نصب القاضى ابتداء و ذلك لان قوله عليه السلام فانى قد جعلته قاضيا متفرع على قوله عليه السلام فاجعلوه بينكم و هو القاضى المجعول من قبل المتخاصمين. فالنتيجه أن المستفاد منها أن من جعله المتخاصمان بينهما حكما هو الذى جعله الامام عليه السلام قاضيا، فلا دلاله فيها على نصب القاضى ابتداء.» (۱) .

أقول: ما ذكره يخالف ظاهر الروايه، لأن قوله عليه السلام «فانى قد جعلته.» تعليل، أى: لا ترجعوا الى من ليس منكم بل ارجعوا الى من جعلته قاضيا منكم و هو الذى ينفذ فيكم حكمه و ترضون به، أو أن المعنى: إذا تراضيتم بحكم رجل منكم فانى قد جعلت ذلك الرجل قاضيا. فالحاصل ان جعل الامام عليه السلام هو عله نفوذ حكمه و جواز الرجوع اليه.

هذا و العجب من صاحب الجواهر «قده» قوله بعد استظهار إراده الأعم من المجتهد من معتبره أبى خديجه: «نعم قد يقال بتوقف صحه ذلك على الاذن منهم عليهم السلام.» مع أن نفس هذه الروايه داله على الاذن.

ثم قال: «و لو سلم عدم ما يدل على الاذن فليس فى شىء من النصوص ما يدل على عدم جواز الاذن لهم فى ذلك» و فيه: ان

۱- ۱) مبانى تكمله المنهاج:۱-۸.

مجرد عدم وجود نص على عدم الاذن لا أثر له، و قد ذكرنا أن الأصل عدم نفوذ حكم أحد فى حق أحد، فالنفوذ محتاج الى الدليل و عدم ما يدل على عدم الاذن ليس بدليل.

قال: «بل عموم ولايتهم تقتضى ذلك» و لولا كلمه «بل» لارتفع الاشكال و دل الكلام صدرا و ذيلا على أن عموم ولايتهم -مع فرض عدم الدليل على الاذن-دليل، و به يخرج عن مقتضى الأصل المذكور، لكن ظاهر العباره أن عموم الولايه دليل آخر.

قال: «بل قد يدعى أن الموجودين فى زمن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم ممن أمر بالترافع إليهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و انما يقضون بين الناس بما سمعوه من النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم» .

أقول: و هذا يتم بناء على عدم الفرق بين زمن الحضور و زمن الغيبه. نعم إذا كان المناط تعلم الحكم سواء من السماع منهم عليهم السلام أو الاستنباط من الأدله أو الأخذ من المجتهد-لم يفرق بين الزمنين.

ثم قال: «و يمكن بناء ذلك بل لعله الظاهر على اراده النصب العام.» .

أقول: يعنى أن مقتضى «فانى جعلته حاكما» و «فإنهم حجتى عليكم» أن للمجتهد أن ينصب العامى، لأن له ما للإمام عليه السلام فيكون للعامى ما للمجتهد. قلت: لكن هذا المعنى يستفاد من

الخبر الثانى منهما فقط.

هذا ما يتعلق بالمسأله حسب الروايات الوارده فى الباب، و بقى الإجماع:

قال فى الجواهر: «و أما دعوى الإجماع التى سمعتها فلم أتحققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسأله أقوالا ثلاثه.» .

أقول: هذه عباره الشيخ فى شرائط القضاء من المبسوط:

«لا ـ ينعقد لأحد إلا بثلاث شرائط: أن يكون من أهل العلم و العداله أو لكمال. و عند قوم بدل كونه عالما أن يكون من أهل الاجتهاد، و لا ـ يكون عالما حتى يكون عارفا بالكتاب و السنه و الإجماع و لسان العرب و عندهم القياس. و فى الناس من أجاز أن يكون القاضى عاميا. و الأول هو الصحيح» (۱)) .

و قال فى الخلاف: «لا يجوز أن يتولى القضاء الا من كان عارفا بجميع ما ولى، و لا يجوز أن يشذ عنه شیء من ذلك و لا يجوز أن يقلد غيره ثم يقضى به. و قال الشافعى: ينبغى أن يكون من أهل الاجتهاد و لا يكون عاميا و لا يجب أن يكون عالما بجميع ما وليه

و قال فى القديم مثل ما قلناه، و قال أبو حنيفه يجوز أن يكون جاهلا بجميع ما وليه إذا كان ثقه و يستفتى الفقهاء و يحكم به. و وافقنا فى العامى أنه لا يجوز أن يفتى.

دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضا توليه الولايه لمن لا يحسنها قبيحه فى العقول بأدله ليس هذا موضع ذكرها بيناها فى غير موضع، و أيضا ما اعتبرناه مجمع على جواز توليته و ليس على ما قالوه دليل.» .

فالشيخ قدس سره يدعى الإجماع على اشتراط الاجتهاد مرتين.

فما نسب إليه فى الجواهر عن التنقيح لا وجه له.

و قد ادعى هذا الإجماع أيضا جماعه منهم الشهيد الثانى «قده» .

نعم ان مثل هذا الإجماع-حيث يوجد على معقده أخبار- لا يعتمد عليه، إذ يحتمل أن تكون تلك الأخبار هى المدرك له (١)) ، فهى المرجع و قد استظهرنا منها عدم الاشتراط.

هذا و لا أقل من دلاله الإجماع و غيره على شهره القول بالاشتراط بين الأصحاب، و ذهاب المشهور الى هذا القول يدل على وجود قرائن لديهم تمنع من انعقاد ظهور تلك الأدله فى المعنى الذى استظهرناه منها حتى ادعوا الإجماع على الاشتراط، و هذا ما يمنعنا من الجزم

بما استظهرناه و يرجح القول باشتراط كونه مجتهدا مطلقا أو فی خصوص مسائل القضاء، مع أن التصدی للقضاء مع الجهل بالمسائل التی سیبتلی بها و الأدله التی یحتاج إلیها خلاف ما هو المرتکز فی أذهان المتشرعه.

و أما الجاهل العامی فلا یجوز له التصدی قطعا.

و هنا مسائل:

(الأولی) هل للمجتهد أن ینصب مقلده للقضاء؟

قد یقال بالعدم لعدم الدلیل، و نصب المعصوم «ع» القاصر عن درجه الاجتهاد لا یقتضی جوازه للمجتهد، لان له الولایه العظمی الثابته له من اللّه تعالی (۱)) .

و قد یقال بالجواز، لعموم أدله ولایه الفقیه (۲)) الداله علی ثبوت

كل ما للإمام عليه السلام للمجتهد، و من ذلك نصب القضاه، فله أن ينصب مقلده للقضاء بين الناس حسب فتاواه، أو استنادا الى ولايته على النصب للقضاء خاصه، أو يقال: بأن المجتهد منصوب للقضاء و لنصب غيره له.

و تحقيق الكلام فى هذه المسأله موكول الى ما تقرر فى مبحث ولايه الفقيه، و كيف كان فان فتوى المشهور باشتراط الاجتهاد فى القاضى تمنعنا من الجزم بالوجه الثانى.

ص:٣٩

(الثانیه)

قال بعض المعاصرین: حکم القاضی فی الشبهه الحکمیه- و هی القضیه التی یکون منشأ الترافع فیها الاختلاف فی الفتوی، کما إذا تنازع الورثه فی الأراضی فادعت الزوجه ذات الولد الإرث منها و ادعی الآخرون حرمانها فتحاکما إلی القاضی-إرشادی لا مولوی، لأنه حینئذ تنجیز للمتنجز و هو تحصیل للحاصل و هو محال، فلا یتصور الحکم فی الشبهات الحکمیه. و علیه یکون المراد من روایه عمر بن حنظله هو الفتوی لا الحکم، و حینئذ تبقی روایه أبی خدیجه بلا معارض (۱) .

و فیه: أولا-انه لا ظهور لروایه عمر بن حنظله فی الشبهه الحکمیه بل النزاع فی «الدین» من حیث الشبهه الموضوعیه أکثر و أظهر، و کذا «المیراث» فقد یترافع حوله بنحو الشبهه الموضوعیه.

و ثانیا: ان الحکم یعتبر فیه النفوذ عند العقلاء، فهو أمر اعتباری ینتزع منه وجوب الامتثال، فالفرق بین «الفتوی» و «الحکم» ظاهر و لیست المقبوله ظاهره فی الأولی.

(الثالثه) ما المراد من معرفه الاحکام و العلم المعتبر فی القاضی؟

ان کان المراد من «عرف أحکامنا» هو معرفه الاحکام الواقعیه کان المعنی نفوذ حکم من علم بأن حکمه هذا هو حکم اللّه الواقعی فقط، و مع الشک فلا یجوز الرجوع الیه و لا ینفذ حکمه، لأنها

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۶.

شبهه مصداقيه كما إذا قال: أقتد بالعادل، فشك فى عداله زيد، فلا يجوز له الائتمام به.

و ان كـان المراد كون الخصـمين عالمين بأنه عارف بأحكامهم عليهم السـلام فما هو الحكم فى صوره اختلافهما فى معرفه هـذه الجهه فيه؟ و بعبـاره أخرى: هـل ينفـذ حكم الحـاكم فى القضـيه مع العلم بالخلاـف؟ أقول: لم تلحظ الخصوصـيات فى «الرجل» العالم بشـىء من قضايا الأئمه عليهم السلام، و العارف بأحكامهم، من حيث أنه عالم بالحكم الواقعى أو أنه عالم حسب علمه هو أو علم المتخاصمين.

فان هـذه الـدقائق لم تكن ملحوظه عنـد الأمر بالرجوع الى هكذا عالم، بل يكفى كون الرجل عالما مشارا اليه بالعلم، و على هذا عمل الناس فى هذه الأزمنه أيضا، و ليس معنى الروايات هذه مجملا عندهم.

و أمـا فى موارد العلم بالخلاـف فنقول: ان حكم الحاكم ملزم و نافـذ، إلا فى صوره كون أحـد الطرفين عالما بالخلاف، فلو كان المـدعى يعلم بأن المال الـذى يـدعى تملكه ليس له-بل لخصـمه-لكن أحضـر لـدى القاضـى شاهـدين فحكم بأنه له، فان هـذا الحكم لاـ يجوّز له التصرف فى هـذا المـال، لاـنه عـالم بالخلاف و بكـذب دعواه، و ليس عـدم نفوذ حكم القاضـى حينئـذ ردا لحكمه بل انه رد لدعواه نفسه و إقرار بكذبه فيها.

و لو علم المحكوم عليه بمخالفه الحكم للواقع كما إذا علمت

ص:۴۱

المرأه بأنها ليست بزوجه لزيد لكن حكم القاضي بزوجيتها له، فلا ينفذ هذا الحكم-حتى لو قيل بنفوذ الحكم مع العلم بالخلاف فيما إذا كان مورد الترافع مالا-فلا يجوز لزيد وطؤها، و على المرأه أن لا تمكنه من نفسها ما أمكن، لأن حكم الحاكم ليس محللا للحرام.

فالحاصل: ان حكم الحاكم لا يغير الواقع عما هو عليه فيما إذا خالفه.

الضبط:

قال المحقق قدس سره: «و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه» .

أقول: هذا مما لا يحتاج الى الدليل، فلا بد من أن يكون القاضي ضابطا-بالإضافه إلى العلم-بهذا المعنى (۱)) .

ص:۴۲

الکتابه:

قال: «و هل یشترط علمه بالکتابه؟ فیه تردد. و الأقرب:

اشتراط ذلک.» (۱)) .

أقول: ان کان عدم علم القاضی الجامع للشرائط بالکتابه موجبا لوقوع الخلل فی الحکم أو مقدماته فهو، و الا فإن الکتابه بنفسها لا ضروره لها، و علی هذا عمل أصحاب الحوانیت و الکسبه، فإنهم یکتبون مطالباتهم فی الدفاتر حذرا من الضیاع و النسیان، و أما إذا کان أحدهم متمکنا من حفظ ذلک فلا یکتب.

ص:۴۳

و مع إخلال الجهل بالكتابه فی الحکم أو مقدماته يشترط العلم بالكتابه فی القاضی مع عدم وجود عارف بها يطمئن اليه و يستعين به و الا فلا حاجه.

۷-الذکوره:

قال المحقق «قده» : «و لا ينعقد القضاء للمرأه و ان استکملت الشرائط» .

أقول: ادعی عدم الخلاف بل الإجماع علی عدم انعقاد القضاء للمرأه، و استدل بوجوه:

الأول: قوله تعالی «اَلرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی اَلنِّساءِ» فإنه ظاهر فی قيموميه الرجال علی النساء، و لازمها سلطنه الرجال و حکومتهم عليهن دون العکس.

فان قيل: الآيه وارده فی مورد الزوجين.

قلنا: و هل يجوز أن لا تکون المرأه ذات سلطنه فی شئونها مع زوجها و تکون لها السلطنه فی خارج دارها، و علی غير زوجها من الرجال؟ فان قيل: الآيه المبارکه تنفی ولايه النساء علی الرجال، و أی مانع من ولايه المرأه علی النساء؟ فإنه يقال: بأن ذلک مقتضی الإجماع المرکب.

«بِما فَضَّلَ اَللّهُ بَعْضَهُمْ عَلی بَعْضٍ» (۱) قال الفاضل الجواد «قده» :

۱- ۱) سوره النساء:۳۴.

«أی الرجال علی النساء، و ذلک بالعلم و العقل و حسن الرأی و التدبیر و العزم و مزید القوه فی الأعمال و الطاعات و الفروسیه و الرمی، و ان منهم الأنبیاء و الأئمه و العلماء، و فیهم الإمامه الکبری و هی الخلافه و الصغری و هی الاقتداء بهم فی الصلاه، و أنهم أهل الجهاد و الأذان و الخطبه. الی غیر ذلک مما أوجب الفضل علیهن.

قال فی الکشاف: و فیه دلیل علی أن الولایه انما یستحق بالفضل لا بالتغلیب و الاستطاله و القهر. قلت: هذا مما أجراه اللّه علی لسانه، فانا لم نجد فیمن تقدم علی علی علیه السلام بعد النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فضیله یستحق بها الولایه کما عرف فی محله (۱) .

و لا ریب فی أن جهات الفضیله موجوده فی نوع الرجال-سواء فی ذلک الصفات الخلقیه و الخلقیه-و لیست فی نوع النساء.

و یشهد بذلک ما ذکره الفاضل المذکور من أن فیهم النبوه و الإمامه و الولایه، و لم نجد إلی الان انعقاد القضاء لامرأه، و لو کان ذلک جائزا لتصدی له بعض النساء الفاضلات کالصدیقه الطاهره و عقیله بنی هاشم علیهما السلام و لو بالنسبه الی النساء خاصه، بل ان حضور النساء عند القاضی الرجل-فی حال جواز انعقاده لامرأه-مرجوح مرغوب عنه شرعا.

علی أنا قد استشکلنا فی إمامه المرأه للنساء و اقتدائهن بها فی

۱- ۱) مسالک الافهام الی آیات الأحکام:۳-۲۵۷.

الصلاه لعدم وجود دلیل معتبر یدل علیه (۱)) هذا و الآیه نازله بعنوان حکم الهی فی قضیه رواها الطبرسی (۱)) و هی تدل علی أن للرجال الولایه علی النساء، و لیس لهن علیهم ولایه.

فهی مخصصه لعمومات الحکومه بالعدل (۲)) .

الثانی-قوله تعالی «وَ لَهُنَّ مِثْلُ اَلَّذِی عَلَیْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَهٌ» (۲)فإن هذه الآیه ظاهره فی أن للنساء علی الرجال حقوقا و لکن

ص:۴۶

۱- ۱) مجمع البیان فی تفسیر القرآن:۲-۴۳.

۲- ۲) سوره البقره:۲۲۸.

«لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَهٌ» .

الثالث-قوله تعالی «وَ قَرْنَ فِی بُیُوتِکُنَّ» (۱) و استلزام تصدی المرأه القضاء للخروج عن البیت و إسماع صوتها الرجال و غیر ذلک من الأمور المنهی عنها فی الشرع فی غایه الوضوح، و تعییر الأصحاب و الصحابیات عائشه بنت أبی بکر علی خروجها من بیتها إلی البصره -من هذه الجهه-و نهیهم إیاها عن الخروج و تذکیرهم لها بأمر اللّه و حکمه بأن تقر فی بیتها مشهور.

الرابع-قوله علیه السلام فی معتبره أبی خدیجه: «انظروا الی رجل» . لا یقال: انه لیس للرجل موضوعیه، لأنه لا یمکن إلغاء الخصوصیه فی مثل هذا المقام، و أن مناسبه الحکم و الموضوع تقتضی الموضوعیه، فالروایه هذه مقیده للروایات المطلقه ان لم تکن منصرفه عن النساء.

الخامس-ما ورد فی وصیه النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم لأمیر المؤمنین علیه السلام المرویه فی الفقیه بإسناده عن حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبیه عن جعفر بن محمد عن آبائه علیهم السلام- «یا علی لیس علی المرأه جمعه-الی أن قال-و لا تولی القضاء» (۲) و هذا النفی وضعی کما لا یخفی، و الروایه و ان کانت غیر تامه سندا (۱)) الا أن روایه الأصحاب لها و استدلالهم بها یجبر ضعفها

ص:۴۷

۱- ۱) سوره الأحزاب:۳۳.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۶.

كما تقرر هذا المعنى بالنسبه إلى حديث «على اليد.» و نظائره.

و ربما يقال: ان قوله صلى اللّه عليه و آله «ليس على النساء.

و لا تولى القضاء» لا يدل على المنع، بل ظاهره عدم الوجوب.

و فيه: ليس الأمر كذلك فى كل مورد، فان هناك موارد جاء فيها «ليس على.» بمعنى «لا يجوز.» .

السادس-النبوى «لا يفلح قوم وليتهم امرأه» (۱)) .

السابع-ما عن مكارم الأخلاق: «ان الإقامه للصلاه.

و لا تتولى المرأه القضاء» (۱)) و هى مطلقه تعم الحكم الوضعى و التكليفى معا (۲)) .

ص:۴۸

۱- ۱) بحار الأنوار ۱۰۳-۲۵۴.

ص:

الحريه:

و هل يشترط الحريه؟ قال فى المبسوط: نعم، و قال المحقق:

الأقرب: انه ليس شرطا.

و قد استدل للأول فى المبسوط و المسالك و غيرهما بأمرين:

أحدهما: ان من كان لغيره ولايه عليه لا يكون ذا ولايه، و الثانى:

ان القضاء منصب عظيم و العبد قاصر عن نيل هذا المنصب.

و الجواب: أما عن الأول فبأنه متى اجتمعت الشرائط المعتبره فيه و أذن له المولى فى تصدى القضاء فلا مانع.

و أما عن الثانى: فبأن مقتضى الإطلاقات جوازه للعبد ان كان واجدا للشرائط المعتبره كالحر (١)) .

مسائل

اشاره

فی قاضـی التحکیم حکم تـولی القضـاء هـل یجـوز الرجـوع الی المفضـول مع وجود الأفضـل عنـد التعـدد؟ هـل یجوز للقاضـی الاسـتخلاف؟ . حکم ارتزاق القاضی من بیت المال بم تثبت ولایه القاضی؟ جواز نصب قاضیین فی البلد الواحد ما یتعلق بانعزال القاضـی و عزله هل ینعزل بموت الامام؟ هل تنعقـد الولایه لفاقـد الشـرائط لو نصـبه الإمام مصـلحه؟ هل ینفـذ حکـم من لا تقبل شهادته؟

ص:۵۱

المسأله الاولی

اشاره

(فی الکلام فی قاضی التحکیم)

قال المحقق «قده» : «یشترط فی ثبوت الولایه اذن الامام علیه السلام أو من فوض إلیه الإمام» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی هذا، و قد أشرنا الی ما یدل علی ثبوته، و هذه الکلمه من المحقق «قده» کمقدمه لقوله بعده:

«و لو استقضی أهل البلد قاضیا لم یثبت ولایته. نعم لو تراضی خصمان بواحد من الرعیه.» .

أقول: أما عدم نفوذ حکم من استقضاه أهل البلد فإنه بالنسبه إلی زمن حضور المعصوم و بسط یده واضح، لأن النبی و أمیر المؤمنین صلی اللّه علیهما و آلهما و سلم کانا یرسلان القضاه إلی البلاد، فلا ینفذ حکم قاض آخر مع وجود القاضی المنصوب من قبل المعصوم. و أما فی زمن الغیبه-أو الحضور مع عدم بسط

ص:۵۳

الید-فإن الإذن العام الصادر منهم علیهم السلام-کما تدل علیه الروایات-یقتضی نفوذ حکم القاضی الذی استقضاه أهل البلد و طلبوا منه النظر فی مرافعاتهم علی الخلاف فی الصفات المعتبره فیه، و القدر المتیقن هو المجتهد المطلق.

فعلیه: لا ینفذ حکم من استقضاه الناس من دون مراجعه الإمام المبسوط الید و کسب اذنه، و أما فی زمن الغیبه أو عدم بسط الید فالإذن العام یکفی لنفوذ حکم من کان هذا الاذن شاملا له.

و لقد أشکل الأمر هنا علی الأصحاب فقالوا: ان کان من رجع إلیه أهل البلد مجتهدا فالإمام قد أذن فی الرجوع الیه مطلقا، و ان لم یکن مجتهدا فلا اعتبار بحکمه مطلقا، فأی ثمره لهذا الکلام؟ لکن بما ذکرنا ظهرت الفائده فی العباره و علم المراد من عنوان المسأله.

و قیل: المراد من قوله: «لو استقضی» هو القاضی العام فی البلد لعموم أهله. و من قوله «نعم.» هو من استقضاه الخصمان فی واقعه خاصه من غیر أن یعرف بأنه قاضی البلد. أقول: لکن الاولی ما ذکرناه.

هل یشترط الرضا بالحکم بعده؟

قال المحقق «قده» : «و لا یشترط رضاهما بعد الحکم» .

أقول: فی المسأله قولان، فالمشهور هو النفوذ و کفایه الرضا قبل الحکم فلیس لهما الرجوع عن حکمه و لا یشترط رضاهما بعد

الحکم، و قیل: یشترط رضاهما بعد الحکم أیضا.

أقول: مقتضی الدلیل التعبدی تأثیر رضاهما بالحکم بعده فی بعض الموارد مثل کون الدیه علی العاقله (۱)) ، و فی بعض الموارد لا- یتوقف الحکم علی الرضا أصلا کما إذا تنازعا فی الرضاع مثلا بأن قال أحدهما بتحقق الرضاع الموجب للحرمه فی مورد و قال الأخر بعدمه، فحکم الحاکم حسب القواعد و الأدله، فإنه لا أثر لرضاهما بعدئذ. و الحاصل: ان تأثیر رضاهما علی القاعده إلا إذا دل الدلیل فی مورد علی العدم أو التأثیر بأثر بالنسبه الی غیر المتخاصمین.

و یمکن أن یستدل لکفایه الرضا السابق فی جمیع الموارد بروایه الحلبی قال: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: ربما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعه فی الشیء فیتراضیان برجل منا. فقال: لیس هو ذاک انما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط» (۱) بأن یقال: فرق بین لسانها و لسان معتبره أبی خدیجه التی جاء فیها:

«فانی قد جعلته قاضیا» فتلک تعلل نفوذ الحکم بالجعل و هذه بالرضا

ص:۵۵

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۵. و هی صحیحه.

و ظاهرها نفوذ حكم من رضـى المتخاصـمان من الأصحاب بحكمه إذ ليس من أولئك الذين يجبر الناس على حكمهم بالسيف و السوط.

نعم يشترط كونه واجـدا للشـرائط المعتبره، و حينئـذ يكون الرضا دليلا على النفوذ كالاذن مطلقا، و على هـذا فلا تبقى ثمره لهذا البحث بالنسـبه إلى زمن الغيبه حيث تحقق الاذن منهم بنفوذ حكم المجتهـد من دون أثر للرضا. الا أن يدعى دلاله ما فى ذيلها و هو قوله عليه السـلام «انما هو الـذى.» على لزوم الرضا بعـد الحكم، أى بأن يكونان مطيعين للحكم و منفذين له بدون إجبار، فلو كان كذلك لم ينفذ الحكم.

هذا و يدل قول المحقق: «و لا يشترط رضاهما بعد الحكم» على جواز الرجوع عن الرضا بالحكم قبله.

هل يشترط فيه ما يشترط فى المنصوب؟

قال: «و يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الإمام» .

أقول: أشـكل عليه بـأن هـذا الكلام لا ثمره له أصـلا، لأنه بعـد اشتراط كونه واجـدا للشـرائط المعتبره فى القاضـى المنصوب من الاجتهاد و غيره يكون قاضى التحكيم المستجمع لها منصوبا من قبل الامام عليه السلام و مأذونا له فى الحكم.

و قال جماعه: بأن هـذا الفرع يجرى فى زمن حضور الولى الـذى بيده الحكم و نصب القاضـى لأجل الحكم، فإنه ينفذ حكم من تراضى الخصمان بالترافع عنده مع كونه واجدا للشرائط المعتبره

ص:۵۶

و ان لم يأذن له الامام بالحكم، سواء كان فى زمن الحضور مع بسط اليد كزمن النبى و أمير المؤمنين عليهما الصلاه و السلام أو مع عدمه فلا ثمره للبحث عن قاضى التحكيم فى زمن الغيبه، لأنه ان لم يكن واجدا للشرائط فلا أثر لحكمه و ان كان واجدا لها فقد دلت المقبوله و غيرها على أن من كان كذلك كان مأذونا من قبل الإمام فى الحكم.

و عن بعض المعاصرين تصوير المسأله بحيث يكون لها ثمره فى زمن الغيبه كذلك، لدلاله روايه الحلبى المتقدمه على أنه لا مانع من الترافع عند من تراضيا بالترافع عنده، و انما منع الامام عليه السلام من الترافع عند من يجبر الناس على الترافع عندهم بالسوط و السيف، فالروايه ظاهره فى أنه حيث لا جبر يصح الترافع و ان لم يكن واجدا للشرائط، فيكون حاصل البحث: ان الامام عليه السلام يقول بأن تلك الشرائط انما تعتبر فيما إذا كان هناك إجبار على قبول الحكم بعد إصداره-و ان الحاكم الحق أيضا قد يلتجأ الى السيف و السوط لتنفيذ أحكامه-فمفاد قوله إذا لم يكن سيف و سوط انه ينفذ حكمه و ان لم يكن مجتهدا و يكفى علمه بالحكم فى الواقعه المتخاصم فيها.

و كذا معتبره أبى خديجه فإنها ظاهره فى عدم لزوم الاجتهاد بل يكفى كونه عالما ببعض القضايا، و الرضا بالحكم عله لجواز الرجوع اليه.

و قوله تعالى «إِنَّ اَللّٰهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا اَلْأَمانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِها

ص:۵۷

وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» يشمل بإطلاقه العامى غير المأذون بالحكم الذى تراضيا بالترافع عنده.

أقول: و فى هذا القول نظر، فان الآيه و أمثالها لم نتمسک بإطلاقها لأجل نفوذ حكم غير المجتهد المطلق بل أخذنا بالقدر المتيقن منها و هو المجتهد المطلق، فكيف يكون لها إطلاق بالنسبه إلى العامى الذى تراضيا بالترافع عنده؟ و أما روايه أبى خديجه فليس المستظهر منها ما ذكر، بل تقدم أنها ظاهره فى أن من كان كذلك فتراضوا بالرجوع إليه لأنه مجعول حاكما من قبلى فإذا حكم فقد حكم بحكمنا، و مع التسليم بما ذكره فإن النسبه بين هذه الروايه و المقبوله العموم من وجه فيقع التعارض و يتساقطان و يرجع الى الأصل المذكور فى أول الكتاب.

و لكن الصحيح هو ما استظهرناه سابقا، و أنه يتقدم المنطوق على مفهوم تلك الروايه الأخرى لأن المنطوق يتقدم على المفهوم، و لانه خاص أيضا، بل لقد احتملنا سابقا كون المقبوله بصدد بيان اعتبار المعرفه و النظر فى الاحكام، و المعتبره بصدد بيان العلم بالقضايا، فتكون إحداهما مؤكده للأخرى. نعم لا يشترط الإحاطه بجميع الاحكام و القضايا بل يكفى كونه مجتهدا متجزيا (١))
.

فالحاصل ان كان المستفاد من المقبوله و المعتبره هو اشتراط كونه مجتهدا كما تقدم فنقول بنفوذ حكم المجتهد المطلق و المجتهد

ص:۵۸

المتجزی، و أما إذنهما لغيرهما للتصدی فيحتاج الی دليل.

و لو فرض الإطلاق فی «يعلم شيئا» فإن المشهور قد أعرضوا عنه و أفتوا بخلافه و لعله لقرينه موجوده عندهم مفقوده عندنا، فالقول بجواز جعل العامی قاضيا للتحكيم مشكل جدا (۱)) .

ص:۵۹

و هل يشترط الأعلميه؟

لا دليل على اعتبار هذا القيد، و الأدله مطلقه، على أنه يستلزم العسر و الحرج.

و هل يشترط الأعلميه فى البلد؟

يمكن اشتراط ذلك فى البلاد الصغيره، و أما الكبيره فإنه يستلزم العسر و الحرج و الأدله مطلقه.

و أما قول أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده لمالك رضى اللّه عنه: «اختر أفضل رعيتك» (۱) فظاهر فى الأولويه.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۳ و عهد الإمام أمير المؤمنين عليه السلام الى مالك الأشتر رضى اللّه عنه مذكور فى نهج البلاغه.

و قال صاحب الجواهر «قده» باشتراط أن لا يكون الحاكم المجتهد انسداديا، لان الانسدادى غير عالم و قد اعتبر الشارع كونه عالما بالأحكام. إلا إذا كان عالما و قاطعا بحكم اللّه تعالى و ان كان عن طريق ظنى لان ظنيه الطريق لا تنافى قطعيه الحكم، و أما مع كونه ظانا بالحكم فى حينه فلا يجوز الرجوع اليه و لا ينفذ حكمه.

أقول: و هذا متين إلا إذا صادف كون جميع الفقهاء فى عصر من العصور انسداديين.

قال المحقق «قده» : «و يعم الجواز كل الأحكام» .

أقول: هذا إشاره إلى مذهب بعض العامه الذين خالفوا فى هذا الحكم أو من فصل فقال بنفوذه فى بعض الاحكام فقط.

نفوذ قضاء الفقيه فى الغيبه:

قال المحقق: «و مع عدم (۱)) الامام ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت.» (۲))

و لو عدل و الحال هذه الی قضاه الجور کان مخطئا» (۱)) .

أقول: و فی الجواهر: نعم لو توقف حصول حقه علیه و لو

ص:۶۲

لامتناع خصمه عن المرافعه الا إليهم جاز. و قال السيد «قده» فى العروه: لا يجوز الترافع الى قضاه الجور اختيارا و لا يحل ما أخذه بحكمهم إذا لم يعلم بكونه محقا الا من طرف حكمهم، و أما إذا علم بكونه محقا واقعا فيحتمل حليته.

أقول: لكن الروايه (۱)) تدل على عدم جواز الأخذ بحكمهم و ان كان حقا، الا أن تحمل الروايه على صوره شكه بكونه محقا و أن أخذه بحكمهم حالكونه شاكا غير جائز، فإن تم هذا الحمل لم تشمل الروايه صوره العلم و لم يبعد كلام السيد قدس سره.

و عن الكفايه: ان حكم الجائر بينهما فعل محرم و الترافع إليه يقتضى ذلك فيكون اعانه على الإثم و هى منهى عنها. و أجاب فى الجواهر بمنع كونه إعانه أولا و منع حرمتها ثانيا.

أقول: أما الحكم فإنه يصدر من القاضى اختيارا و ليس الترافع إليه اعانه عليه لانه ليس له أثر فى تحققه-فليس من قبيل إعطاء السوط

ص:۶۳

لأجل الضرب ظلما-و ان كان لولاه لما صدر الحكم منه، فهو كأن يقول لزيد: أقتل عمرا، فان كلامه هذا ليس مؤثرا فی تحقق القتل مع فرض اختيار زيد و قدرته على الترک. هذا وجه ما ذكره أولا.

و وجه ما ذكره ثانيا هو: دعوى انصراف روايه ابن حنظله المشار إليها إلى صوره عدم توقف إنقاذ الحق و احقاقه على الترافع اليه، فيكون حكمه فی هذا المورد الخاص غير محرم و ان كان فی سائر الموارد حراما، و إذ ليس هذا الحكم اثما فليس الترافع إليه اعانه على الإثم.

هذا ان أراد عدم حرمه الحكم، و يمكن أن يراد عدم حرمه هذه الإعانه على هذا الإثم، نظير ما إذا رجع الى جائر لإنقاذ حقه من غاصب، فلو ضرب الجائر الغاصب و استرجع الحق منه كان رجوعه إليه اعانه على الإثم-إذ لو لم يرجع اليه لما ضربه-و لكنها و الحال هذه ليست اعانه محرمه، نظير ضرب اللص المتوقف عليه دفعه و حفظ المال.

أقول: لكن مقتضى ذلک هو القول بعدم حرمه هذا الضرب أيضا.

هذا و استدل فی الجواهر بخبر على بن محمد قال: «سألته هل نأخذ فی أحكام المخالفين ما يأخذون منا فی أحكامهم؟ فكتب عليه السلام: يجوز لک ذلک ان شاء اللّه إذا كان مذهبكم فيه التقيه و المداراه لهم» (۱)) قال: بناء على ما فی الوافی من أن: المراد هل

یجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحکم قضاتهم کما یأخذون منا بحکم قضاتهم. یعنی إذا اضطر الیه کما إذا قدمه الخصم إلیهم.

أقول: ان کان هـذا معنی الروایه کانت هـذه الروایه معارضه لروایه ابن حنظله الـداله علی أن المأخوذ بحکمهم سـحت و ان کان حقـا ثابتا، الا أن تحمل تلک علی صوره التمکن من إنقاذ الحق من طریق آخر و تحمل هـذه علی صوره الانحصار و الضـروره، أو تحمل هذه علی صوره العلم بکونه محقا و تلک علی صوره الجهل أو الشک بکونه حقا له کما تقدم.

و یحتمـل أن یکون المراد: انهم یقولون-مثلا-بصـحه الطلاـق ثلاثا فی المجلس الواحـد و نحن نقول ببطلانه، فهل یجوز لنا أن نحکم علیهم طبق أحکامهم و فتاواهم و نعاملهم بحسـبها؟ فتکون نظیر «ألزموهم ما ألزموا به أنفسـهم.» (1) و تخرج بذلک عن مبحث القضاء.

و عن علی بن الحسـین علیهمـا السـلام: «إذا کنتم فی أئمه الجور فامضوا فی أحکامهم و لا تشـهروا أنفسـکم فتقتلوا و ان تعاملتم بأحکامنا کان خیرا لکم» (1) .

ص:65

1- 1) التهذیب:2-210.

و مورد هذه الروایه خصوص حال التقیه، و العبادات فی تلک الحال صحیحه نصا و فتوی، أما المعاملات فلو عامل طبق أحکامهم تقیه فهل تصح حالکونها باطله عندنا؟ قال فی الجواهر: لم یحضرنی الان کلام للأصحاب بالخصوص. أقول: و کیف کان فهی وارده فی حال التقیه و لا مناسبه لها بمورد انحصار طریق الاستنقاذ بذلک، إلا إذا کان الانحصار من جهه التقیه فهی داله علی الجواز حینئذ.

و فی المسالک: «یستثنی منه ما لو توقف حصول حقه علیه فیجوز کما یجوز الاستعانه علی تحصیل الحق بغیر القاضی، و النهی فی هذه الاخبار و غیرها محمول علی الترافع إلیهم اختیارا مع إمکان تحصیل الغرض بأهل الحق و قد صرح به فی خبر أبی بصیر (۱) عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «فی رجل کان بینه و بین أخ له مماراه فی حق فدعاه الی رجل من اخوانه لیحکم بینه و بینه فأبی الا أن یرافعه إلی هؤلاء کان بمنزله الذین قال اللّه عز و جل أَ لَمْ تَرَ إِلَی اَلَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی اَلطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ. الآیه» .

أی فإنها ظاهره بل صریحه فی اختصاص النهی عن الترافع

ص:۶۶

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۳.

إلیهم بصوره التمکن من الترافع إلی القاضی العدل، و قد وافقه فی الجواهر علی ذلک و أضاف: بأن الإثم حینئذ علی الممتنع.

و قد استدل لجواز الترافع إلی الجائر حتی مع التمکن من العادل ان کان عالما بکونه محقا بخبر ابن فضال قال: «قرأت فی کتاب أبی الأسد الی أبی الحسن الثانی علیه السلام و قرأته بخطه سأله: ما تفسیر قوله تعالی وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی اَلْحُکّامِ ؟ فکتب بخطه: الحکام: القضاه. ثم کتب تحته: هو أن یعلم الرجل أنه ظالم فیحکم له القاضی، فهو غیر معذور فی أخذه ذلک الذی قد حکم له إذا کان قد علم أنه ظالم» (1) .

أقول: و التحقیق أنه لو لا أدله النهی المطلقه لحکمنا بجواز الترافع الی قضاه الجور مع العلم بالحق أو الشک سواء تمکن من الترافع الی العادل أو لا بمقتضی الآیه الکریمه و الروایه الوارده فی ذیلها، لکن الآیه مطلقه و تلک الأدله وارده فی خصوص قضاه الجور و أنه لا یجوز الترافع إلیهم حتی مع العلم بالحق أو الشک فیه، فمقتضی الجمع جواز الرجوع الی الحاکم الجائر فی صوره العلم أو الشک بکونه محقا مع عدم التمکن من الترافع إلی القاضی العادل، و أما فی صوره العلم بالخلاف فلا یجوز مطلقا کما لا یجوز الترافع الی قضاه الجور فی صوره التمکن من العادل حتی مع العلم بکونه محقا.

1- 1) وسائل الشیعه:18-5.

و استدل المحقق الآشتیانی للجواز فی صوره توقف أخذ الحق علی التحاکم الی قضاه الجور بقاعده نفی الضرر و الضرار فی الشریعه. و فیه: ان قاعده نفی الضرر لا ترفع الضرر، أی:

ان الحکم بحرمه الترافع إلیهم فی صوره التوقف ضروری و لکن لا- دلاله للقاعده علی کون عدم نفوذ حکمه حینئذ ضرریا کذلک، فلا تقتضی القاعده هذه الا رفع الحرمه التکلیفیه، و أیضا: ان کان معنی «السحت» فی قوله علیه السلام: «و ما یحکم له فإنما یأخذ سحتا و ان کان حقه ثابتا» بمعنی الإثم رفعته قاعده نفی الضرر، و أما ان کان بمعنی حرمه الأکل فإنه حکم ضرری مجعول، و من المعلوم أن القاعده لا ترفع الحکم الضرری المجعول.

المسأله الثانيه

اشاره

(فى حكم تولى القضاء)

قال المحقق «قده» : «تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربما وجب و وجوبه على الكفايه.» .

أقول: فيه مطالب: الأول: تولى القضاء مستحب، و ظاهر كلامه أنه مستحب ذاتا. الثانى: انه لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

الثالث: انه قد يجب. الرابع: وجوبه حينئذ كفائى.

و فى الدروس: و لو وجد غيره ففى استحباب تعرضه للولايه نظر من حيث الخطر و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه القيام به.

و فى الروضه: و فى استحبابه مع التعدد عينا قولان: أجودهما ذلك مع الوثوق.

و فى كشف اللثام: و يستحب التوليه على الأعيان الا من وجبت عليه عينا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا.

ص:٦٩

و فی الریاض: استحبابه-أی قبوله-عینی، فلا ینافی ما قدمناه من أنه واجب کفائی (۱)) .

ص:۷۰

أقول: المنافاه أو عدمها يتوقف على بيان الواجب الكفائى، و هو: ما وجب إتيانه على الكل و يسقط بإتيان البعض بخلاف العينى و سقوط الوجوب يكون إما بالإطاعه و اما بالعصيان و اما بارتفاع الموضوع، و محل الكلام من قبيل الثالث، نظير ما إذا صلى أحد المكلفين على الميت فإنه لا يبقى موضوع للوجوب، إذ لا يجب إلا صلاه واحده عليه، و لما كان الوجوب و الاستحباب ضدين فكيف يكون الشىء الواحد واجبا و مستحبا معا؟ المستحب ما يجوز تركه فإذا كان مستحبا عينيا كيف يكون واجبا لا يجوز تركه و أنه إذا ترك فالكل معاقبون على ذلك؟ و قيل: الواجب الكفائى ما يجب فعله على المجموع. و لم يتضح لنا وجه الفرق بين هذا التعريف و ما ذكرناه.

فالحاصل: دعوى عدم التنافى بينهما غير واضحه عندنا.

فالقائلون بعدم المنافاه فى سعه من توجيه عباره المحقق، و أما الذين لا يوافقون على ذلك فقد حاولوا توجيهها، ففى المسالك:

وظيفه القضاء من فروض الكفايه لتوقف النظام عليه أو لما يترتب عليه من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و لعظم فائدته تولاه النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم و من قبله من الأنبياء بأنفسهم لامتهم

و من بعـدهم من خلفـائهم، و حينئـذ فحكم المصـنف باسـتحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كـان من أهله، أو على فعله لأـهله فى حـال الغيبه حيث لاـ يتوقـف على اذن خـاص. و قوله «و ربمـا وجب» يتحقق الوجوب فيما ذكرناه من طلب الامام له و فيما إذا انحصـر الأمر فيه و لم يعلم الامام به أو لم ينحصـر بالنظر الى الوجوب الكفائى أو على تقدير توقف حصول الحق عليه أو الأـمر بـالمعروف فى حال الغيبه. و قوله «و وجوبه على الكفايه» يعنى به على تقـدير وجوبه عنـده، و انمـا يكون على الكفايه إذا أمكن قيام غيره مقامه و لم يعينه عليه الامام و الا كان وجوبه عينيا كغيره من فروض الكفايات إذا لم يحصل منها الا فرد واحد.

أقول: ان كـان مراد المحقق «قـده» تولى القضـاء و التصـدى لهـذا المنصب فـإنه يختص بزمان حضور الإمام، لأنه الزمن الـذى لا حكم وجوبى عليه–الا فى حال تعيين الامام و نصـبه–فيستحب له الحضور عند الإمام لأخذه منه، و لا مورد للاستحباب غيره، فان نصبه كان واجبا عينيا و ان نصب جماعه كان كفائيا، و لا يجتمع الاستحباب مع الوجوب الكفائى.

و ان كـان المراد أن يجعـل نفسه فى معرض ترافع الناس اليه –و ان كان هناك قاض–فان كان التصـدى واجبا عليه كان تعريض نفسه لـذلك واجبـا كـذلك من بـاب المقـدمه، و ان كـان واجبا عليه و على غيره كفايه كان ذلك واجبا عليه من باب المقـدمه كذلك إذ لا يكون

ذو المقدمه واجبا و المقدمه مستحبه.

و ان كان المراد من التولى نفس القضاء و فصل الخصومه فإن كان فى زمن الحضور و قد نصب لذلك و أمر به كان واجبا عينيا عليه و مع الاذن العام يكون واجبا كفائيا فلا يتصور الاستحباب.

و ان كان القضاء وجوبه من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر كان واجبا عليه من باب مقدمه الواجب.

فالحاصل: ان من كان حكمه فى زمن الغيبه نافذا كان وجوب القضاء عليه كفائيا سواء وجد غيره أيضا لوضوح الأمر حينئذ، أو لم يوجد غيره لان الواجب الكفائى لا ينقلب معه إلى العينى، بل يتعين عليه القضاء بحكم العقل، و هذا هو مراد من عبر بالواجب العينى حينئذ.

فظهر أنه لا يتصور الاستحباب.

و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامه فحكم بكراهته لعظم خطره و نظرا إلى الأحاديث المحذره. و أجيب عنه فى المسالك و غيره بأن المقصود من التحذير بيان عظم خطره و لزوم شده الاحتياط فيه.

ثم ان الاحكام التى ذكرها المحقق «قده» فى هذه المسأله بالنسبه إلى زمن الحضور (۱)) لا ثمره للبحث عنها بالنسبه إلينا، نعم

يحتمل وجود الثمره فى قوله: «و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام: قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع.» .

أقول: وجه ما ذهب اليه المحقق «قده» : أن الامام لا يوجب ما وجب كفايه بالوجوب العينى، فلو خاطب الإمام أحد المكلفين فى واجب كفائى لم يخرج بذلك عن كونه كفائيا و لا يلزم بامتثاله مع وجود غيره.

و وجه ما ذكره الشيخ «قده» فى الخلاف: أن المصالح قد توجب اختلاف الحكم و تغيره-لا أنه يجتمع حينئذ حكمان- فيكون كحال الاضطرار و طرو العنوان الثانوى.

فظهر أنه لا اختلاف بين المحقق و الشيخ فى المسأله لاختلاف الموضوع، و أن الامام عليه السلام لا يجعل الواجب الكفائى عينيا بالعنوان الاولى.

قال المحقق: «و لو لم يعلم به الامام وجب أن يعرف نفسه.» .

أقول: علم الامام عليه السلام بالأمور يكون فى ظرف ارادته و اشاءته لان يعلم به (۱)) ، فعلم الامام كبصر البصير، و دليل الوجوب فى حال عدم وجود غيره أن القضاء من باب الأمر بالمعروف فيكون -بناء عليه-واجبا من باب المقدمه. و هذه العباره كالتمهيد لقوله:

هل له ان يبذل مالا ليلى القضاء؟

«و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنه كالرشوه» .

أقول: أما فى زمن الحضور فلا مورد لهـذا الفرع كما هو واضح، و أما فى زمن الغيبه حيث الأمر بيد السلطان و لا قاضـى يقضـى بـالحق فـإن راجعه فـاشترط عليه بـذل مـال فهل له أن يبـذله لتصـدى ذلك لغرض الحكم بالحق و إجراء الأحكام الإلهيه و أداء الواجب عليه؟ لاـ يبعـد الجواز بـل الوجوب مقـدمه للواجب، نظير الضـرائب التى تعينهـا الحكومات لاداء بعض الفرائض كالحج حيث يجب دفعهـا مع الإمكـان لأجل التمكن من أداء الواجب. هـذا مع انحصار القاضـى به و الا فلا وجوب، و يشترط-على أى حال-أن يثق من نفسه القيام بالحق و الالتزام بالأحكام، و ليس هذا رشوه و لا كالرشوه.

نعم يحرم هذا المال على آخذه.

ص:٧٥

المسأله الثالثه

(هل يجوز الرجوع الى المفضول مع وجود الأفضل) ؟

قال المحقق «قده» : «إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضيله مع استكمال الشرائط المعتبره فيهما، فان قلد الأفضل جاز» .

أقول: لا خلاف و لا إشكال فی ذلک، و فی الجواهر: و ان كان المفضول أورع، لأن الملاک-و هو العداله المانعه من الاقتحام فی المحرمات و ترک الواجبات-موجود فی كليهما، و الشرائط المعتبره متوفره فيهما، و الأعلم مقدم على غيره.

قال المحقق «قده» : «و هل يجوز العدول الى المفضول؟ فيه تردد، و الوجه الجواز، لان خلله ينجبر بنظر الإمام» .

أقول: وجه الجواز: اشتراک المفضول و الأفضل معا فی الأهليه و لزوم العسر و الحرج على العامی فی معرفه الأفضل، و أن الصحابه كانوا يتصدون لذلک من غير توقف و لا إنكار مع أنهم كانوا متفاوتين

ص:۷۶

فى الفضيله، فكأنهم قد أجمعوا على جواز ذلك.

و أجيب عن الأول: بأن الأهليه لكل منهما تجوز التصدى و توجب نفوذ الحكم، و لكن جواز رجوع المترافعين الى المفضول مع وجود الأفضل أول الكلام.

و عن الثانى: بأنه ان كانت معرفه أصل الأهليه ممكنه له فإن معرفه الأعلميه ممكنه أيضا.

و عن الثالث: بأن الأصحاب الذين أعرضوا عن أمير المؤمنين عليه السلام و هو الأفضل من جميع الجهات و صاحب الولايه العظمى بنص من اللّه عز و جل و رسوله صلى اللّه عليه و آله و سلم ليس عملهم حجه عندنا.

و وجه المنع: انه مقتضى مقبوله عمر بن حنظله (۱)) .

ص:۷۷

و فيه: ان هـذا فى ظرف المعـارضه، و أمـا فى غيره فلاـ دليـل على تقـدم قـول الأـعلم. بـل يفهم من المقبـوله نفسـها أن لكليهما صلاحيه الحكم و أهليته، و انما حكم الامام عليه السـلام بتقدم قول الأعلم لدى الاختلاف بينهما. و يشـهد بهذا قوله عليه السلام فى معتبره أبى خديجه: «انظروا الى رجل منكم يعلم.» و الا لقال من أول الأمر: .

الى رجل أعلم.

و أن الظن الحاصل من حكم الأفضل أقوى من الظن الحاصل من حكم المفضول فيجب اتباعه بحكم العقل دونه.

و فيه: ان هـذا أول الكلاـم، فربما يكون الظن الحاصل من حكم المفضول أقوى. سـلمنا و لكن ما الـدليل الشـرعى على تقـدم ما يفيد الظن الأقوى؟ (١)) .

و قد رتب فى المسالك القولين على أن المقلد هل يجب عليه تقليد أعلم المجتهدين أم يتخير فى تقليد من شاء منهم؟ و فيه: أن

الظاهر کون الملازمه من طرف واحد کما سیتضح ذلک قریبا، و کأن صاحب الجواهر «قده» وافقه علی هذه الملازمه-و ان لم یصرح بها-لاستدلاله بنفس هذه الأدله للقول بجواز العدول عن الأفضل و ان أجاب عنها بعد ذلک بمثل ما تقدم منا فی الجواب.

لکن ظاهر المحقق عدم القول بتلک الملازمه فإنه قال: الوجه الجواز لان خلله ینجبر بنظر الامام، و هذا یرتبط بحال حضور الامام علیه السلام و نصبه للمفضول و لا یفید بالنسبه الی حال الغیبه، فیکون فرض المسأله خالیا عن الثمره ضروره أنه علیه الصلاه و السلام أعلم بما یفعل حینئذ و لا یحق لنا أن نتکلم عن جواز ذلک له و عدمه (۱)) .

و فی المستند اختار الجواز للأصل و الإطلاقات.

أقول: لم یتضح لنا مراده من «الأصل» ، لأن مورد الشک ان کان جواز التصدی للمفضول و عدم جوازه فلا ریب فی أن الأصل

هو البراءه، و ان كان نفوذ حكم المفضول و عدم نفوذه فلا ريب فى أن مقتضى الأصل عدم النفوذ.

و أما التمسك بإطلاقات الروايات فلا بأس به، لان الروايات الوارده فى الباب مطلقه، ففى إحداهما: «. يعلم شيئا.» و فى أخرى: «. عرف أحكامنا و نظر فى حلالنا و حرامنا.» .

لا يقال: ان هذه الاخبار فى مقام الردع عن الترافع الى قضاه الجور و الأمر بالترافع الى قضاه الحق و العدل فلا إطلاق فيها.

لأنا نقول: ان الراوى يسأل الإمام عليه السلام قائلا: «فكيف يصنعان» ؟ فلو أراد الإمام خصوص الأعلم لبين ذلك و الا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجه، لا- سيما مع التفات الراوى إلى الجهات المختلفه و أنه لو اختلفا فكيف يصنع؟ ثم ان الراوى لم يسأل الإمام عليه السلام عن اشتراط الأعلميه و عدمه و هذا يشهد بفهمه الإطلاق من كلام الامام عليه السلام.

اللهم الا- أن يدعى تقييدها بما ورد فى ذيل المقبوله و هو قوله عليه السلام «. أفقههما.» . لكن يجاب عن ذلك بأنه ناظر الى خصوص حال التعارض كما تقدم، أي: انها مقيده فى موردها لا- بنحو الإطلاق، بمعنى أنه يقدم حكم الأفضل منهما لدى الاختلاف فقط.

و قال السيد «قده» : لا- يبعد قوه هذا القول-يعنى: تقديم الأ-علم-لكون الإطلاقات مقيده بالأخبار الداله على الرجوع الى المرجحات عند اختلاف الحاكمين من الافقهيه و الاصدقيه و الأعدليه

ص:٨٠

مع إمكـان دعوى عـدم كونهـا إلاـ فى مقـام بيـان عـدم جواز الرجوع الى قضـاه الجور فلاـ إطلاق فيها. و دعوى: أن مورد أخبار المرجحات التى هى العمـده فى المقام خصوص صوره اختيار كل من المترافعين حاكما أو صوره رضاهما بحكمين-فاختلفا، فلا دلاـله فيها على وجوب الرجوع الى الأعلم مطلقا-مـدفوعه: بأن الظاهر منها أن المـدار على الأرجـح عنـد التعارض مطلقا كما هو الحـال فى الخبرين المتعارضـين، بـل فى صوره عـدم العلم بالاختلاـف أيضـا لوجوب الفحص عن المعارض، لكن هـذا إذا كان مـدرك الحكم هو الفتوى و كـان الاختلاـف فيهـا بـأن كانـا مختلفين فى الحكم من جهه اختلاـف الفتوى، و أما إذا كان أصـل الحكم معلوما و كان المرجع إثبات الحق بالبينه و اليمين و الجرح و التعديل و نحو ذلك فلا دلاله فى الاخبار على تعين الأعلم.

أقول: فتكون الأقوال فى المسأله ثلاثه: أحـدها: تقـدم قول الأعلم مطلقا. و الثانى: تقـدم قوله لـدى الاختلاف، و الثالث: انهما إذا رجعـا إليهمـا فحكمـا بحكمين مختلفين قـدم قـول الأـعلم، و الاـ فيجـوز الرجوع الى المفضول ابتـداء حـتى مع العلم أو احتمـال الاختلاف بينهما فى الحكم.

و الروايات المقيده وارده فى مورد الترافع الى كليهما ثم وجدان الاختلاف بينهما، و هى غير متعرضه إلى صوره المراجعه ابتداء.

الاـ أن يقـال: انه لما كان قول الأعلم هو المقـدم حكم الامام عليه السـلام بتقـدمه فى صوره التعارض و الا لما حكم بـذلك فى تلك الصوره.

ص:٨١

بـل ان السـيد «قـده» يقـول بعـدم جـواز المراجعه الى غير الأـعلم لـو لم يعلم بمـوافقه فتـواه لقول الأـعلم، لأـن ذلـك كـالخبرين المتعارضين حيث يجب الأخذ بالخبر الراجح منهما.

و على هـذا يجب على المراجع الى غير الأعلم مراجعه الأعلم من ذى قبل، فان لم يجـده مخالفا لفتوى غيره جاز رجوعه الى غير الأـعلم، و لكن هـذا المعنى يتوقف تمـاميته على اسـتفادته من الاخبـار و الا فلا وجه له، و لعله من هنا قال فى الجواهر بمنعه كل المنع.

هذا و التوسعه فى الترافع و عدم وجوبه إلى الأفضل لا يلازم التوسـعه فى الفتوى، فهناك يكون رجوع الجاهل الى العالم لغرض الوصول إلى الأحكـام الإـلهيه، و يكون فتوى الأـعلم هنـاك أقرب الى الواقع، أما هنا فان اشتراط ذلك يؤدى الى التضـييق على المكلفين، فالتوسـعه هنا نظير التوسـعه فى مورد الشك أو الظن بنجاسه شىء حيث تجرى أصاله الطهاره توسعه على الأمه، و لانه ليس الغرض هنا الوصول الى الواقع فقط. و على هذا الأساس يمكن أن يقال بنفوذ حكم غير الأعلم فى حق الأعلم إذا كان طرفا فى النزاع و عـدم جواز الرد عليه، لاـن الغرض فصـل الخصومه لا كون القضاء طريقا الى الواقع حتى يقال بوجوب الأخـذ بالقول الأقرب اليه.

و ممـا ذكرنـا يظهر ما فى قولهم: ان قول الأعلم يفيـد الظن الأقوى قياسا على الـدليل فى مورد التعارض، ففيه كما تقـدم سابقا لو سلمنا كون الظن الحاصل من قول الأعلم أقوى-انه ليس الغرض

هنا تحصيل الواقع.

و كـذا قولهم: ان تقديم المفضول على الفاضل قبيح، و لذا نقول بقبح تقدم من تقدم على أمير المؤمنين عليه السـلام، لان ذلك فى الإمـامه العـامه و الرئـاسه الكـبرى حيث الغرض منهـا إجراء الأحكـام الـواقعيه و الوصـول الى الواقع، لكن الغرض هنـا فصـل الخصومه و حسم النزاع و قد اقتضت المصلحه التوسعه فيه فلا قبح.

ص:٨٣

المسأله الرابعه

اشاره

هل يجوز للقاضی الاستخلاف؟

قال المحقق «قده» : «إذا أذن له الإمام فی الاستخلاف جاز.» .

أقول: تاره یبحث عن ذلک فی زمن الحضور، و أخری فی زمن الغیبه، أما بالنسبه إلی زمن الحضور فان نصب الإمام أحدا و أذن له فی الاستخلاف فلا کلام فی الجواز و ان صرح بالمنع فلا کلام فی عدمه، و ان أطلق فإن کان هناک شاهد حال مثلا علی الاذن فیه کإرسال الوالی إلی بلاد واسعه بحیث لا تضبطها الید الواحده فهو و الا فلا (۱)) .

و لا ثمره عملیه لنا فی البحث عن ذلک، نعم فیه ثمره علمیه،

ص:۸۴

فقـد ذكروا فى كتاب الوكاله أن كل ما اشترطت فيه المباشـره شـرعا فلا يقبل الوكاله و كل ما لم يشترط فيه ذلك جاز التوكيل فيه (۱)) .

و جعـل الإمـام القاضـى فى زمن الحضور يـدل على أن القضـاء من الأـمور القـابله لقيـام الغير بها و لا يشترط فيه المباشـره، فيقع الكلاـم فى أن ذلـك توكيل منه عليه السـلام-أى: أن القاضـى المنصوب من قبله انما يقضـى وكاله عنه-أو أنه توليه منه له على الحكم، كما جعل الأب و الجد له وليا على الصـغير، فيجوز له التوكيل لغيره فى الأمور التى تخصه كما يجوز له جعل الولى عليه بعـد الموت ليقوم بـأموره؟ ان كان جعله من باب الوكاله تم ما ذكره المحقق «قـده» من أنه إذا أذن له فى الاسـتخلاف جاز، لانه يكون حينئـذ وكيلاـ فى القضاء و وكيلا فى التوكيل فيه، و ان كان جعله من باب الولايه فلا حاجه الى الاذن فى استخلاف غيره للقضاء فيجوز له استخلاف من كان واجدا للشرائط المعتبره فى القاضى، نظير من جعلت له الولايه فى أمور الصغير من قبل وليه ليكون وليا عليه بعد موته، فإنه يجوز له حينذاك توكيل غيره فى القيام بالأمور من قبله.

و كذا الأمر بالنسبه الى من عين لأجل القيام بأمور وقف من قبل

حاكم الشرع، فان كان وكيلا فى ذلك لم يجز له استخلاف غيره الا مع الاذن الصريح أو شاهد الحال، و لو مات الحاكم بطلت وكالته، و أما إذا جعل الولايه له عليها لم يجب عليه الاستئذان فى الاستخلاف، و لا معنى لان يكون وليا بشرط المباشره، و لم تبطل بموت الحاكم.

فظهر أن ثمره البحث، أنه ان كان الجعل بنحو الوكاله فعليه إحراز الاذن فى الاستخلاف، و ان كان بنحو الولايه فلا يجب.

هل القضاء قابل للوكاله؟

و أما بالنسبه إلى زمن الغيبه فهل للفقيه أن يستخلف غيره إذنا أو وكاله أو ولايه؟ فيه خلاف، فعن جامع المقاصد: ان القضاء من الأمور القابله للتوكيل، و مال إليه فى الجواهر، و عن المسالك عدم الجواز. أقول: لا نص فى المسأله و لا يمكن الجزم بوجوب المباشره فى القضاء أو بعدم وجوبها عن طريق دليل آخر، فلا بد من المراجعه الى الأصل. قال فى وكاله الجواهر: ان المستفاد من كلمات الأصحاب كون الأصل جواز الوكاله فى كل شىء، ثم ذكر الأصل و عموم أدله الوكاله. قلت: أما الأصل الذى ذكره-و هو عدم اشتراط المباشره فى القضاء-فإنه معارض بأصاله عدم ثبوت جواز القضاء بالوكاله، و ما أفاده فى الجواب من أن أصاله عدم جريان الوكاله فيه منقطعه بمشروعيه الوكاله، مندفع بأن المشروعيه لها موارد هى القدر المتيقن من ذلك، و هناك موارد لا تجوز فيها

الوكاله قطعا، و موارد أخرى أصل المشروعيه فيها مشكوك فيه، فلا ينقطع أصاله عدم الوكاله بمشروعيه الوكاله بنحو الإهمال، لأنه مع الشك فى أصل المشروعيه فالأصل عدمها.

و الحاصل: ان المباشره ليست من قيود المكلف به بل الحاكم بها هو العقل، و حينئذ لا يمكن رفعها بالأصل عند الشك، و لو سلمنا جريانه فالأصل عدم جواز توكيل الحاكم غيره فى أمر القضاء.

و أما الأدله العامه فإن إرجاع القاضى أمر القضاء الى المقلد اما يكون عن طريق جعل التوليه له كما هو المشهور بين الفقهاء من جواز ذلك للحاكم كأن يجعله متوليا على موقوفه أو وليا على الصغار للقيام بأمورهم، و اما يكون عن طريق التوكيل، بأن يوكله فى أمر القضاء كما تجوز الوكاله فى أمور أخرى كالبيع و الطلاق و نحوهما.

لكن الولايه ان كانت من جهه أن لازم جعل الحكومه صلاحيه الحاكم لتفويضها الى غيره فان هذا يتوقف على استفاده هذه الناحيه من أدله الجعل و هى غير متحققه، لأن الإمام عليه السلام يذكر صفات القاضى «كالروايه» و «النظر» و غير ذلك و هذا تحديد من الامام و كون القاضى متمكنا من جعل من ليس متصفا بتلك الصفات معناه أن تكون دائره صلاحيته أوسع من الامام و هذا لا يقول به أحد.

و نحن فى التوليه على الأوقاف لا نقول بجواز توليه المتولى غيره، لان جعل الحاكم إياه متوليا لا يستلزم جواز جعله غيره متوليا عليها بعد موته.

و ان کـانت من جهه تنزیل الامام الحاکم منزلته و إثبات الولایه العامه له فله أن یجعل مقلـده کما للإمام علیه السـلام أن ینصـب للقضاء غیر المجتهـد، ففیه: أن الامام قـد تعرض لأمر القضاء و للنصب له کلا علی حـده و انفراد، و هـذا یـدل علی عدم شـمول التنزیـل لأمر القضاء و أنه لم یجعل القاضـی نازلا منزلته، و مع الشک فی جعل الولایه له علی نصب غیره فالأصل العـدم کما هو واضح.

فالحاصل: عدم تمامیه إرجاع أمر القضاء الی المقلد عن طریق الولایه.

و أمـا الوکـاله فهی ثابته و جائزه فی کثیر من العقود، و لکن ثبوتها فی القضاء یتوقف علی وجود دلیل خاص علی جواز التوکیل فیه أو دلیل عام یدل علی أن کل أمر یجب صدوره من المکلف یجوز التوکیل فیه الا ما اسـتثنی کالنذر و الایمان و نحوهما. أما الـدلیل الخـاص فغیر موجود، نعم هناک دلیل یمکن الاسـتدلال بإطلاقه، و هو قوله علیه الصـلاه و السـلام: «من وکل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبدا حتی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول فیها» (۱)) .

ص:۸۸

و تقریب الاستدلال: انه لا ـ ریب فی أنه إذا لم یکن المتکلم فی مقام بیان جهه من جهات الکلام لم یجز التمسک بالإطلاق بالنسبه إلیها، و هذه الروایه تدل علی مضی الوکاله فی کل أمر یجوز فیه التوکیل، و أن الوکاله باقیه حتی الاعلام بالعزل، و لیست فی مقام الدلاله علی صحه الوکاله بأی نحو کانت، الا أنه قد یکون لتلک الجهه التی ینظر إلیها المتکلم فی الکلام لازم فیجوز أن یتمسک بالکلام بالنظر الی ذلک اللازم، مثلا قوله تعالی: «. فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَیَمَّمُوا .» فی مقام تشریع التیمم عند فقدان الماء، فیجب علی فاقد الماء التیمم، و لکن یجوز التمسک بإطلاق «الماء» فیها-بأن یقال المراد عدم وجدان مطلق ما یصدق علیه الماء-و ان لم تکن الآیه الکریمه ناظره الی هذا الحیث، لان لازم تشریع التیمم بیان أنه متی یجب التیمم، فنقول: ان الآیه بإطلاقها تدل علی أنه متی لم یوجد ما یصدق علیه الماء یجب التیمم.

و هنا کذلک، فإن الإمام علیه السلام فی مقام بیان أن الوکاله إذا ثبتت کان عمل الوکیل فی ما وکل فیه ماضیا حتی یعلمه بالعزل، و لکنه قال قبل ذلک «علی إمضاء أمر من الأمور» و لازم هذا جواز الوکاله فی کل أمر لم یقم دلیل علی عدم جوازها فیه، و الا لبین ذلک فی نفس الکلام، فیجوز التمسک بإطلاق هذا الکلام بأن یقال بجواز

الوكاله فى القضاء لأنه أمر من الأمور عند العرف و لم يقم دليل شرعى على عدم قابليه القضاء للوكاله.

فالظاهر تماميه هذا الإطلاق و أنه لا مانع من التمسک به (۱)) الا إذا قيل بأن القضاء من الأمور التى يعتبر فيها أهل العرف المباشره و لا يقبل التوكيل عندهم لكن مذهب جماعه من الأصحاب صحه الوكاله فيه، و وجه المنع عند غيرهم عدم تماميه الإطلاق لا عدم القابليه عرفا.

هذا، و قد جوز بعض المانعين التوكيل فى مقدمات الحكم كاستماع الشهاده و التحليف، و أشكل عليه فى الجواهر بأنه إذا كان استماع الشهاده قابلا للوكاله فالحكم بالأولويه. و وجه ذلك ما ذكرناه سابقا من أن أهل العرف يقسمون الأمور الى ما يقبل الوكاله و ما لا يقبلها، فمن الأول: البيع و الشراء، و من الثانى: الأكل و الشرب، فصاحب الجواهر يقول انه ان جازت الوكاله فى استماع الشهاده و التحليف -مع أن الحاكم نفسه هو المكلف باستماعها و بتحليف المنكر- كانت جائزه فى نفس الحكم بالأولويه.

و الصحيح: أن كل أمر كان للوكاله عرفيه فيه و لا منع من قبل الشرع كان مشمولا ل «الأمور» فى الروايه المذكوره، و اللّه العالم.

ص:۹۰

المسأله الخامسه

اشاره

فی حکم ارتزاق القاضی من بیت المال

قال المحقق «قده» : «إذا ولی من لا یتعین علیه القضاء فان کان له کفایه من ماله فالأفضل أن لا یطلب الرزق من بیت المال (۱)) ، و لو طلب جاز لانه من المصالح، و ان تعین علیه القضاء و لم یکن له کفایه جاز له أخذ الرزق، و ان کان له کفایه قیل: لا یجوز له أخذ

ص:۹۱

الرزق لانه يؤدى فرضا» .

أقول: ارتزاق القاضـى من بيت المال ان لم يكن له كفايه من ماله جائز سواء كان القضاء متعينا عليه أولا، فله أخذ مؤنته من بيت المال، و الحاكم يعطيه منه لا بعنوان الأجره على القضاء، بل بعنوان أن ذلك من مصالح المسـلمين التى أعد لها بيت المال. و ان كان عنده ما يكفى المؤنه فأخذه من بيت المال يكون بعنوان الأجره على القضاء قهرا، فيدخل فى مبحث (١)) جواز أخذ الأجره على الواجبات و عدم جوازه، فنقول:

موجز الكلام فى أخذ الأجره على الواجبات:

ان العمـل الـذى يقوم به الإنسـان المكلف تاره يكون ذا منفعه و أخرى يكون بلا منفعه، فإن كان بلا منفعه فلا معنى لان يطالب بالعوض سواء كان واجبا أو لا، و ان كان العمل الذى يقوم به لغيره ذا منفعه له جاز له المطالبه بالعوض منه فى صوره عدم منافاه أخذ

العوض للعمل المطلوب منه إتيانه، فلو أمره زيد بالخروج للصلاه على ميت فطالبه بشىء فى مقابل امتثاله-الذى أثره لزيد سقوط خروجه إليها و قد كان واجبا عليه كذلك-جاز، و لكنه يتنافى مع قصد القربه المعتبر فى الصلاه على الميت، فيشكل أخذ الأجره على فعله هذا، الا بأن يتصور إيجاد الداعى إلى الداعى، نظير ما إذا أعطى مالا لغيره لأجل أن يطيع أمر زيد بالقيام بعمل، فان قام بالعمل اطاعه لزيد جاز أخذ الأجره و ان كان لا بقصد ذلك لم يجز، و حينئذ فلو أعطاه مالا لان يطيع اللّه و يمتثل أوامره، فإن اعتبر قصد القربه فى العمل لم يجز له الأخذ لعدم صلاحيه هذا العمل للمقربيه، و ان قلنا بأن كونه داعيا إلى الداعى لا يضر بقصد القربه و أنه يكفى كون الأمر الإلهى هو الداعى و لا يضر فى ذلك وجود واسطه دنيويه تدعو اليه جاز له أخذ الأجره على العمل.

و فصل بعضهم الداعى الراجع نفعه الى الفاعل بين ما إذا كان منفعه من اللّه سبحانه فلا يضر بالقصد و الا لما كان لذكر الأجور التى فى القرآن للذين آمنوا و عملوا الصالحات وجه، و ان كان منفعه من غيره عز و جل فيضر بالقصد.

هذا، و فرق بين الواجب التعبدى و الواجب التوصلى، ففى التوصلى يمكن أن يوجب الشارع أصل العمل و أن لا يمنع من أخذ الأجره عليه كسائر الصنائع و الحرف، فإنها واجبات توصليه و يجوز أخذ الأجره عليها، لكن قيل: هذا ما دام الوجوب فيه كفائيا، و أما

إذا كـان تعيينـا فلاـ يجوز، فلو انحصـر الطبيب فى واحـد كـان معـالجه المرضـى واجبـا عينيـا بالنسـبه إليه لوجوب حفـظ النفوس المحترمه فلا يجوز له أخـذ الأجره، و من هنا كان الأطباء المتـدينون سابقا يتقاضون الأجور عوضا عن الحضور لدى المرضـى و يعبرون عن ذلك ب «حق القدم» .

و ظـاهر قول العلاـمه فى القواعـد: «و يجوز أخـذ الأـجره على عقـد النكاح و يحرم الأجر على الإمامه و الشـهاده و أدائها» هو أن الواجب المعين لا يجوز أخذ الأجره عليه. و قال فى إجاره القواعد «هل يجوز على تعليم الفقه؟ الوجه المنع مع الوجوب» أى: إذا كان واجبا عينيا «و الجواز لا معه» أى: لا مع التعيين و كونه كفائيا.

و فصل الفخر فى الإيضاح بين ما يشترط فيه القربه فلا يجوز كالصلاه على الميت و ما لا يشترط فيجوز.

و فى جامع المقاصد معلقا على «هل يجوز» من عباره القواعد المزبوره: ان كان واجبا على المعلم و المتعلم عينا أو كفايه لم يجز أخـذ الأـجره عليه لاـن المعلم مـأخوذ بـالتعليم و مؤديه، فيمتنع أخـذ الأـجره كسـائر الواجبـات» و تنظّر فى كلاـم الفخر قائلا بأن الوجوب مطلقا مانع عن أخذ الأجره عليه كما تقدم فى كتاب التجاره و هو صـريح كلام الأصحاب، و ما ذكره من الجواز إذا لم يكن الواجب مشروطا بالنيه مخالف لما عليه الأصحاب» .

أقول: أما الكفائى فسيأتى الكلام عليه، و أما العينى توصليا كان

أو تعبـديا فوجه المنع من أخـذ الأجره عليه هو أن أخذ الأجره انما يصح حال كونه مالكا لما يعطيه فى مقابل الأجر، فلا مانع من أن يملـك الإنسـان مـا يملكه عينـا أو عملاـ و يأخـذ العوض، و لـذا لاـ يجوز له أن يؤجر نفسه لثالث فى ذلك الزمان المعين أو العمل المعين، و أما إذا كان العمل واجبا عليه شرعا و لا يجوز له تركه فإنه لا يملك ذاك العمل بل عليه إتيانه و تسليمه للّه، و حيث لا يملكه بل كان ملكا للّه سبحانه فلا قدره له على أن يملكه الغير سواء كان تعبديا أو توصليا، و أضاف فى الجواهر بأنه لو أخذ عوضا عنه لزم الجمع بين العوض و المعوض، لكن الاولى أن يقال: بأنه عوض بلا معوض فهو آكل للمال بالباطل.

و فى الواجب الكفائى صرح الأكثر بأنه لو تعين بالانحصار لم يجز أخذ الأجره عليه و الا جاز لقدرته على الترك، لكن الواجب الكفائى -عنـدنا-يتعلق بالمكلفين، أى بكل واحـد منهم كالواجب العينى سواء كان عباديا أو لا، و الفرق بينهما حينئـذ أن العينى لا يسقط بقيام الغير به بخلاف الكفائى فإنه يسقط بقيام الغير به بحكم العقل، و عليه فقبل قيام أحد المكلفين بالواجب لا يملك أحـد منهم العمـل فلا يجوز له أخـذ الأجره عليه لكونه أكلا للمال بالباطل، فظهر أنه لا فرق بين الواجب الكفائى المتعين و غيره فى عدم جواز أخذ الأجره.

و ذهب جمـاعه من الأصحاب إلى جواز أخـذ الأجره و قالوا فى وجه الجواز: بأن هـذه الأعمال صالحه لأن تقع عليها المعامله - بقطع النظر عن الوجوب-لان لها ماليه و يبذل بإزائها المال

لرفع الحاجه، و يجوز أخذ المال فى مقابلها لأنها مملوكه لأصحابها، و مع الوجوب يكون للمسأله وجوه: أحدها: وجوب العمل مجانا، و الثانى: وجوب العمل مع جواز أخذ الأجره، و قد يجب الأخذ للإنفاق على من يجب الإنفاق عليه، و الثالث: وجوب العمل مع الخيار فى أمر أخذ الأجره عليه.

قالوا: و لاـ منافاه بين الوجوب و أخذ الأجره على العمل، نعم لو صرح بوجوب إتيانه مجانا لم يجز، و أما مع عدم التصريح أو التصريح بالاختيار أو وجوب الأخذ للإنفاق الواجب أخذ، و ذلك لا ينافى وجوب العمل، و مع الشك فى اشتراط المجانيه فى هذا الواجب و عدمه كان له الأخذ كذلك جميعا بين دليل وجوب العمل و دليل حرمه عمل المسلم، لما تقدم من عدم المنافاه.

و اختار السيد فى العروه الجواز مطلقا (۱)) قال: «للأصل و الإطلاقات

و عـدم الدليل على المنع سوى دعوى الإجماع و الشـهره أو عدم الخلاف، و لا حجيه فى شـىء منها لا سـيما مع ما مر من وجود الخلاـف بـل دعوى الشـهره على الجواز، و سوى مـا هو المشـهور المـدعى عليه الإجمـاع من المحقق الثانى من عـدم جواز أخذ الأجره على الواجبات، و قـد بين فى محله عـدم الـدليل عليه، لمنع الإجماع -مع أن القـدر المتيقن منه على فرضه الواجب العينى التعينى التعبدى- و لضعف سائر ما استدلوا به عليه» .

و قد استدل على المنع بوجوه: منها: انه مناف لقصد القربه.

و فيه: انه يختص بالتعبدى و لا يشـمل التوصـلى، و هل القضاء من التعبديات أو التوصليات؟ أن نتيجه القضاء كنتيجه الطهاره من الخبث، فكمـا أن الطهاره من الخبث حصولها لا يتوقف على قصـد القربه فإن أثر القضاء هو فصل الخصومه و هو يتحقق من غير حـاجه الى قصـد القربه، فكـون القضـاء من التعبـديات غير معلوم، الاـ أن يقوم دليـل على اعتبـار قصـد القربه فيه حـتى مع تحقق الغرض منه بدونه.

و قد اختلفوا فى العبادات، هل يكفى فيها قصد امتثال الأمر أو لا بد من قصد القربه أيضا؟

ص:۹۷

و قصـد الامتثال يكون على أنحاء، تاره: يعبـد اللّه و يمتثل أوامره لانه خالقه و رازقه، و أخرى: يعبـده و يطيعه خوفا من عذابه، و ثالثه:

طمعـا فى جنته، و رابعه: طلبا للمزيـد من فضـله. و نحو ذلك، و قـد يعبـد اللّه تعالى لأنه أهل للعباده و تلك عباده أمير المؤمنين عليه السلام و الأئمه المعصومين عليهم السلام.

فـان كـان المعتبر عـدم وجود شـيء من الـدواعى النفسـانيه و الأـمور المـاديه كـان الأخـذ منافيـا و لم يكن عمله مقربا و مسـقطا للتكليف، و ان كان المعتبر الامتثال و القيام بالعمل و تحققه فى الخارج-و ان كان الـداعى إليه الأجره-جاز أخذها، و كأنه يأخذ الأجر على اطاعه اللّه و امتثاله، لكن المانعين لا يصححون الداعى إلى الداعى، فأما الامتثال خوفا فغير مضر.

و منها: التنافى بين الوجوب و أخذ الأجره، لأن إيجاب العمل مقتضاه سـلب اختيار العبد فى العمل و إلغاء ملكيته له، فهو ليس له حتى يأخذ شـيئا بإزائه أو لا يأخذ، بل ان العمل حينئذ يوجد فى الخارج مملوكا للّه، و هذا نظير ما إذا كان أجيرا لزيد فى خياطه مثلا فإنه لا يجوز له أن يملك نفس هذه الخياطه لعمرو.

و أجـاب عنه السـيد «قـده» بعـد قـوله: «انه مختص بـالواجب العينى» بـوجهين أحـدهما: «منع كون الوجوب من اللّه تعـالى موجبا للملكيه نظير الملكيه للناس» .

و توضيحه: ان الإيجاب لا يوجب سلب ملكيه الإنسان لعمله،

فمثلا عند ما ينذر دفع كذا من المال فى سبيل اللّه، يجب عليه ذلك عند تحقق مطلوبه لكن ذلك لا يخرجه عن ملكه فلو باعه كان البيع صحيحا وضعا، فالوجوب التكليفى لا يقتضى سلب الملكيه، و كذلك العمل ان وجب لا يخرج عن ملك العبد.

و الثانى: «لا مانع من اجتماع المالكين إذا كان احدى الملكيتين فى طول الأخرى فإن اللّه تعالى مالك لذلك الفعل و المستأجر أيضا مالك له لكن لا لنفسه بل للّه تعالى» .

و توضيحه. ان سلمنا كون الفعل ملكا للّه فإنه لو كانت ملكيته عرضيه ورد الاشكال بأنهما لا يجتمعان لان اعتبار الملكيتين كذلك غير معقول، لكن احدى الملكيتين فى طول الأخرى نظير ملكيه العبد التى هى فى طول ملكيه مولاه، فإنه يملك ما وهب مثلا لكنه مع ما فى يده لمولاه، كما أن العقلاء يعتبرون الملكيه لما يحصل من الطرق المعينه، و الشارع قد أمضى هذه الملكيه و وافق على هذا الاعتبار إلا بالنسبه إلى أشياء مخصوصه كالخمر و الخنزير، و بالنسبه إلى طرق معينه كالمنابذه و الربا، بل الملكيه من ضروريات جميع الأديان. مع أن اللّه عز و جل مالك السماوات و الأرضين، و سنخ ملكه للأشياء غير سنخ ملكيتنا لها إلا فى المورد الذى جعل هو سنخ ملكيتنا لنفسه، حيث قال تعالى فى آيه الخمس «وَ اِعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّٰهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي اَلْقُرْبىٰ وَ اَلْيَتامىٰ وَ اَلْمَساكِينِ وَ اِبْنِ اَلسَّبِيلِ» الآيه (1)) .

١- ١) سوره الأنفال:۴۱.

و الحاصل: ان الملكيه الطوليه موجوده للعبد بالنسبه إلى ماله و عمله و هى ممضاه من قبل اللّه سبحانه، فيجوز له بيع ماله و عمله و أخذ العوض و ان كان هو و ما يملكه للّه تعالى.

أقول: هذا توضيح الجواب و تقريبه، فأما أن يقال بأن ذات العمل الواجب للّه و أنه عند ما يؤجر الشخص نفسه لهذا العمل يؤجر نفسه لإيجاده موصوفا بكونه للّه و يأخذ الأجر عليه، فغير واضح لعدم اعتبار ملكيه ما كان موصوفا بكونه للّه لأحد عرفا.

و منها: ان أخذ المال على الفعل الواجب أكل للمال بالباطل، و العقلاء لا يعتبرون الملكيه فى هذه الصوره، لأن الإلزام الشرعى كالالزام الطبيعى.

و أجاب السيد «قده» عنه بوجهين أحدهما: اختصاصه بالواجب العينى التعيينى، و الثانى: إمكان أن يكون للمستأجر غرض عقلائى فى ذلك لا أقل من حب كون معبوده مطاعا.

و منها: ان أخذ الأجره على الواجب معناه توقيف الواجب على شرط و لا يجوز توقيف الواجب على شرط بل يجب إتيانه مطلقا.

و أجاب بأن هذا الاشكال يتوجه فيما إذا جاء بالفعل فى مقام العمل مشروطا، و أما إذا جاء به بنحو الإطلاق و قصد ذات العمل -لا العمل الذى كان بإزائه كذا-فلا مانع.

على أن هذا-لو تم-يتمشى فى التعبديات فقط.

ما ورد فى خصوص القضاء:

ثم انه قد وردت نصوص عديده فى خصوص أخذ الأجره على

القضاء، كالصحيحه التی رواها فی الوسائل عن عبد اللّه بن سنان قال: «سئل أبو عبد اللّه علیه السلام عن قاض بین قریتین یأخذ من السلطان علی القضاء الرزق. فقال علیه السلام: ذلک السحت» (۱) أقول: فهل انه «سحت» لان السلطان حاکم جور أو أنه سحت لأنه فی مقابل القضاء؟ وجهان، قال السید: ان ظاهره خلاف الإجماع، فإنه لا مانع من ارتزاقه من بیت المال. أی: فلا بد من حمل الروایه علی الوجه الأول، الا أن ظاهر «علی القضاء» هو الوجه الثانی.

علی أنه ان کان من جهه کون السلطان جائرا فإن للإمام علیه السلام الولایه علی الاذن فی القضاء فی سلطنه السلطان الجائر.

و کالصحیحه عن الشیخ الصدوق فی الخصال عن عمار بن مروان قال: قال أبو عبد اللّه علیه السلام: «کل شیء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع کثیره، منها ما أصیب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاه، و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النبیذ المسکر، و الربا بعد البینه. فأما الرشا یا عمار فی الاحکام فان ذلک الکفر باللّه العظیم و برسوله صلی اللّه علیه و آله و سلم» (۲).

فقال المانعون: بأن الصحیحه هذه ظاهره فی أن المراد من «أجور القضاه» فیها ما یأخذه القضاه فی مقابل القضاء و ان لم یکن

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۶۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۲-۶۴.

ما يأخذونه من «الولاه الظلمه» : كأن يأخذوا من المتخاصمين مثلا، فيكون ذلك من «السحت» كأجور الفواحش و ثمن الخمر.

و أجاب المجوزون-كالسيد «قده» -بأن الظاهر أنها ناظره إلى الأجور التى كان القضاه يأخذونها من «الولاه الظلمه» فأجورهم ان كانت مما أصيب من أولئك فهى سحت لا مطلقا، من جهه أن الظاهر كون الضمير فى «و منها» راجعا الى «ما» فى «ما أصيب» فتكون الحرمه من هذا الحيث.

أقول: و الظاهر أنه ان كان هذا الضمير راجعا الى ما ذكر لجاء بلفظ المذكر لا المؤنث، فما ذكره خلاف الظاهر، و مجرد عدم تكرار «منها» لكل واحد من الأنواع لا يكون دليلا على ما ذكر. و بالجمله:

ان «أجور القضاه» قسيم ل «ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه» ، فظهورها فى الدلاله على حرمه أخذ الأجره على القضاء تام.

نعم لا تدل على حرمه الارتزاق من بيت المال لا بعنوان الأجر، و لا سيما مع الحاجه و الضروره، فإن ذلك لا مانع منه، و يكون القاضى حينئذ كسائر العمال، لكن لا بمعنى كون ذلك فى مقابل العمل «القضاء» بل يكون نظير تحصيل الطلاب للعلوم الدينيه قربه الى اللّه تعالى مع أن الحاكم الشرعى يرزقهم من بيت المال، و لقد كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم يقسم الغنائم على من اشترك فى الحروب و الغزوات و يعطى كلا حسب جهده و مقامه. لكن لا بعنوان العوض (۱)) .

قال المحقق: «أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف.» .

أقول: و بناء على الجواز فهل له أن يأخذه من المدعى أو المحكوم له أو المتخاصمين معا؟ ان كان بعنوان الأجر فهو اما جعل و اما إجاره، و حينئذ يجب دفعه على الجاعل أو المستأجر، و ان كان قد قضى و لم يقصد كونه مجانا ضمن أجره، فهل يضمنه المحكوم له لانه المنتفع بحكمه أو كلاهما لانه قد عمل للمحكوم عليه أيضا و عمله محترم و لا يشترط فى وجوب دفع العوض وجود المنفعه؟ وجهان.

هل يجوز أخذ الأجره على الشهاده؟

قال المحقق: «أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره.» .

أقول: لا إشكال فى حرمه أخذ الأجره على الشاهد بناء على حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا، لأن الشهاده واجبه عليه، فيكون الشاهد كالقاضى فى حرمه الأخذ بناء عليه بلا فرق بينهما، فلا وجه لان يكون أخذ الأجره عليها أشد حرمه منه على القضاء. نعم يحصل الفرق فيما إذا كان الوجوب على الشاهد عينيا و القضاء كفائيا.

و هل يجوز أخذها على تحمل الشهاده؟ قال فى الجواهر:

قد يقال بجواز الأخذ عليه مع عدم تعينه عليه، لكن الاولى تركه.

و هل يجوز أخذها على مقدمات أداء الشهاده؟ وجهان، من أن الواجب إقامه الشهاده لا تحصيل المقدمات، و من أن الشهاده واجبه و تحصيل مقدماتها مقدمه للواجب فهو واجب فلا يجوز أخذ شىء فى مقابل مقدمه الشهاده.

أقول: أداء الشهاده من الواجبات البدنيه لا ـ الماليه، فلا يجب عليه بذل المال لتحصيل المقدمات المتوقف عليها أداء الشهاده كأجره السياره التى تقله الى بلد آخر لأجل الحضور فى مجلس الشهاده و القضاء مثلا، الا أن يقال بوجوبها عليه حتى مع بذلك ما يلزم من المال فى سبيلها.

قال المحقق: «و يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم و صاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح، و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم الآداب و السنن» .

أقول: الأمر فى ذلك كله واضح بعد ما ذكرنا. و اللّه العالم.

المسأله السادسه

اشاره

فی طریق ثبوت ولایه القاضی

قال المحقق «قده» : «تثبت ولایه القاضی بالاستفاضه» .

أقول: لم یتعرض رحمه اللّه الی ثبوت ولایه القاضی بالعلم و البینه، لأن ثبوتها بهما لا ریب فیه (۱)) ، فالولایه تثبت بشهاده عدلین بها و ان لم یحکم بها حاکم کما فی المسالک و غیرها، فتکون نظیر الاجتهاد، فإنهم ذکروا أن الاجتهاد و الأهلیه للمرجعیه فی الأحکام الشرعیه تثبت بشهاده عدلین من أهل الخبره من دون توقف علی حکم مجتهد آخر بها، لإطلاق أدله البینه الشامل للمورد. نعم لو أنکر منکر ولایه القاضی مدعیا عدم نصب الحاکم إیاه للقضاء، أو

أنكر اجتهاده بناء على اشتراطه فيه-وقعت المرافعه و توقف ثبوت الولايه على حكم الحاكم فيها حينئذ.

و حيث لا علم و لا بينه تثبت ولايه القاضى بالاستفاضه، و مع عدم ثبوتها فلا يجوز الترافع عنده و التحاكم اليه.

و هل المراد من الاستفاضه الخبر المفيد للعلم أو الشياع المفيد للظن المتآخم للعلم أو يكفى فى صدقه افادته للظن؟ فى المسالك: هى اخبار جماعه لا يجمعهم داعيه التواطى عاده يحصل بقولهم العلم بمضمون خبرهم على ما يقتضيه كلام المصنف هنا، أو الظن الغالب المقارب له على قول.

و فى الجواهر فسر الاستفاضه بالشياع الذى يحصل غالبا منه سكون النفس و اطمئنانها بمضمونه، قال: بل لعل ذلك هو المراد بالعلم فى الشرع موضوعا أو حكما.

فإن أراد المحقق الشياع المفيد للظن كان نظير خبر الواحد و البينه، غير أنه فى البينه يشترط العداله و العلم الحسى بالموضوع و غير ذلك و لا يشترط ذلك فى المستفيض، فلو جاء جماعه-فيهم الكبير و الصغير و المسلم و غير المسلم-بنبإ أفاد المجموع الظن و ان لم يقد كل واحد من الاخبار الظن بوحده.

و الظاهر أن المحقق لا يريد ما ذكر فى المسالك و الجواهر، لأن إرادته ما يفيد العلم أو ما كان كالعلم بعيده بعد أن لم يتعرض الى العلم و البينه فى طريق ثبوت الولايه، فكأنه يريد أن ثبوت ذلك بالعلم

أو الاطمئنان مسلم و لذا تعرض إلى الاستفاضه غير المفيده لأحدهما رأسا. بل الظاهر أن مراده من الاستفاضه هو الشياع المفيد للظن، فهو الحجه فى ثبوت الولايه للقاضى (۱)) .

و لعل وجه كلام الشهيد الثانى حيث ينسب المعنى المذكور الى المحقق هو قول المحقق فى آخر المسأله: «و لا يجب على أهل الولايه قبول دعواه مع عدم البينه و ان شهدت له الامارات ما لم

ص:۱۰۷

يحصل اليقين» ، و لكن الذى يقوى فى النظر أنه قد تطرق الى هذا الحيث على فرض عدم تحقق الاستفاضه إذ قال قبل ذلك: «و لو لم يستفض. أشهد الإمام عليه السلام أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين.» فلا يدل كلامه المذكور على أن مراده من الاستفاضه ما يحصل منه العلم و اليقين.

ثم قال فى المسالك فى بيان وجه كلام المحقق: ان كان المراد من الاستفاضه ما يوجب العلم فإنها تفيد ذلك لأنها أولى من البينه، و ان أريد ما يفيد الظن فهو حجه فى كل مورد لا طريق إلى إقامه البينه عليه و لا طريق الى العلم فيه، ففى مثل ذلك قامت السيره على الاعتماد على الاستفاضه.

و الشيخ «قده» ذكر فى المبسوط ثبوت ذلك بالاستفاضه، ثم استدل لحجيه الاستفاضه فى مورد آخر بالاخبار، و ذلك يدل على أن مراده من الاستفاضه ما يفيد الظن و الا لم يستدل بالاخبار.

و صاحب الجواهر تمسك بالسيره و الاخبار لحجيه الاستفاضه بغض النظر عن افادتها للعلم أو الظن، فظاهر كلامه «قده» أنها حجه عند العقلاء مطلقا.

و مما استدل به فيها: مرسله يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته عن البينه إذا أقيمت على الحق أ يحل للقاضى أن يقضى بقول البينه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم

امکان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لکن ما ذکره فی الجواهر مشکل أیضا.

و فی الروایه احتمالات أخری، و الحاصل انه لا دلاله تامه لها علی الحکم (۱)) .

و مما استدل به منها: صحیحه حریز قال: «کانت لإسماعیل ابن أبی عبد اللّه علیه السلام دنانیر و أراد رجل من قریش أن یخرج الی الیمن، فقال إسماعیل: یا أبه ان فلانا یرید الخروج الی الیمن

و عنـدى كـذا و كـذا دينارا، أ فترى أن أدفعها يبتاع لى بها بضاعه من اليمن؟ فقال أبو عبد اللّه عليه السـلام: يا بنى أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس: فقال: يا بنى لا تفعل.

فعصـى أباه و دفع اليه دنانيره، فاسـتهلكها و لم يأت بشـىء منها، فخرج إسماعيل، و قضى أن أبا عبد اللّه عليه السلام حج، و حج إسـماعيل تلك السـنه فجعل يطوف البيت و هو يقول: اللهم أجرنى و أخلف على. فلحقه أبو عبد اللّه عليه السلام فهمزه بيده من خلفه و قال له:

مه يا بنى. فلا و اللّه ما لك على اللّه هذا و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته.

فقال إسماعيل: يا أبه انى لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون.

فقـال: يـا بنى ان اللّه عز و جـل يقول فى كتـابه «يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ» يقول: يصـدق للّه و يصـدق للمؤمنين، فـإذا شـهد عندك المؤمنون فصدقهم و لا تأتمن شارب الخمر فان اللّه تعالى يقول «وَ لا تُؤْتُوا اَلسُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ» فأى سـفيه أسـفه من شارب الخمر، ان شـارب الخمر لا يزوج إذا خطب و لا يشـفع إذا شـفع و لا يؤتمن على أمانه، فمن ائتمنه على أمانه فاسـتهلكها لم يكن للذى ائتمنه على اللّه أن يأجره و لا يخلف عليه» (۱)) .

فإنها صريحه فى اعتبار الشياع بين الناس و ترتيب الأثر عليه بأن لا يأتى الإنسان بما يخالف مقتضاه، و لكن لو كان هذا الشياع كالبينه فى الحجيه للزم اجراء الحد عليه و هو خلاف الإجماع بل الضروره.

فمراد الامام عليه السلام هو الاحتياط من هكذا شخص و ان لا يسلم الإنسان ماله و لا يأتمن أحدا على شىء الا بعد الوثوق بدينه و أمانته، بل الشياع لا يقتضى التفسيق، و الغالب فى الشياعات عدم الاستناد الى الحس، فان الحكم بفسق من شاع عنه أنه يشرب الخمر و اجراء حد شرب الخمر عليه بالاستناد اليه غير جائز. نعم ترك تزويجه فى محله، لانه محل شبهه و ان لم يكن العقد لشارب الخمر باطلا.

و بالجمله: ان أفاد الشياع العلم أو الاطمئنان العقلائى-و هو الذى يعبرون عنه بالعلم و يرتبون عليه أثره أو يجعلونه موضوعا- فهو و الا فليس بحجه الا أن تقوم السيره على جعل الشياع كخبر الواحد فى ترتيب أثره عليه، و لا يبعد تحقق هذه السيره عند عموم الناس-ما عدا المحتاطين منهم-و لكن فى اتصالها بزمن المعصوم و إمضائه لها تأمل.

أمور أخرى تثبت بالاستفاضه:

قال المحقق: «و كذا يثبت بالاستفاضه النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق» .

ص:۱۱۲

أقول: يكفى فى ثبوت النسب-كما لو شك فى كون زيد هاشميا مثلا-شياع ذلك فى بلده حيث لا طريق آخر إلى إثباته، و كذا الأمر فى الوقف، فلو شاع أن القريه الفلانيه موقوفه للجهه الكذائيه كفى ذلك فى ثبوت الوقف حيث لا طريق مفيدا للعلم بذلك، و كذا الموت، فإنه قد يشهد بذلك شاهدان عادلان أو يحصل العلم الوجدانى بالموت، و أما مع عدمهما كالموت فى السفر-مثلا-فلا طريق الى الثبوت الا الشياع، فتقسم الأموال و تترتب الآثار.

و كذا الأمر فى الملك المطلق، فإنه لا طريق إلى إثباته إلا بالأخذ بالشياع، لان تواطئ الناس على ذلك محال عاده، و كذا النكاح و العتق.

و الدليل على كفايه الاستفاضه فى ثبوت هذه الأمور هو السيره، -كما أنها الدليل المعتمد عليه فى حجيه خبر الواحد-فإن أهل العرف يرتبون الأثر فى مثل هذه الأمور على الاستفاضه فيها لأنها مفيده للوثوق النوعى عندهم.

أقول: و نفس اقامه الدليل على الاعتماد على الاستفاضه دليل على أنهم لا يريدون من الاستفاضه ما يفيد العلم أو الاطمئنان المتآخم له، و الا فنفس حصول العلم أو الاطمئنان دليل.

و فى المسالك: الاستفاضه المفيده للعلم دليل حجيتها هو العلم، و المفيده للظن دليل حجيتها السيره، و لكن السيره لا تتحقق إلا فى موارد مخصوصه و منها الولايه على القضاء، لانه لولا الاستناد إليها يلزم العسر و الحرج لعدم إمكان إقامه البينه.

ص:١١٣

و عن بعضهم دليل آخر على حجيه الاستفاضه و هو: ان الحجه لا تقام عند الحاكم و الا لزم الدور، مثاله: إذا كان فى البلد قاض و قد نصب الحاكم قاضيا آخر و لم يعتبر الشياع و لا البينه إلا بحكم و توقف قبول البينه على ولايه الثانى على الحكم، فان كان الحاكم بثبوت ولايه الثانى هو القاضى الأول فإن المفروض سبق عزله ثبوت ولايه القاضى الجديد بناء على القول بسقوط ولايته بمجرد نصب الثانى فلا ينفذ حكمه، و كذلك الأمر بناء على القول بانعزاله ببلوغه خبر نصب الثانى لأنه مع وصول الخبر ينعزل فلو أراد أن يحكم لم ينفذ حكمه بولايه الثانى. و ان كان الحاكم بثبوت الولايه هو القاضى الثانى نفسه فان ثبوت ولايته يتوقف على حكمه و حكمه يتوقف على ثبوت ولايته، و هذا دور ظاهر.

أقول: هذا يتم فيما إذا لم يكن هناك قاض آخر غير الأول المعزول أو لم يكن فى بلد آخر قاض يمكنهم الرجوع إليه لأجل الحكم.

و قال فى المسالك: «و هذا يتم على القول بعدم جواز تعليق العزل على شرط و قد جوزه العلامه فى القواعد» .

أقول: لكن فيه: انه لا يوافق قواعد الأصحاب و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، أى: لا يصح تعليق الوكاله على شرط و لا بد من كونها منجزه، فإذا كان التعليق مبطلا لها مع كونها من العقود الإذنيه فان إبطاله للولايه التى ليست منها يكون بطريق أولى.

و قیـل بـالفرق بین الولاـیه و الوکاله لأن الوکاله من العقود. فلا بـد لها من الصـیغه الممتنع فیها التعلیق شـرعا و الولایه لیست من العقود بـل هو جعـل للمنصب نظیر جعـل الوجوب و الحرمه، فیجوز فی الولاـیه مـا لاـ یجوز فی الوکـاله، فیجوز أن یکون الأـول معزولا عن الولایه فی ظرف ثبوت ولایه الثانی، فحینئذ یحکم بولایه الثانی و ینعزل هو عن القضاء.

و هذه بحوث علمیه بحته لیست محلا للابتلاء فعلا، نعم یجری البحث لو قلنا بقبول القضاء للوکاله کأن یوکل الثانی و یرسله الی البلـد، فإنه بوصوله الیه ینعزل الأول، و من البحوث العلمیه قول المحقق: «و لو لم یسـتفض اما لبعـد موضع ولایته عن موضع عقد القضاء له أو لغیره من الأسـباب أشهد الإمام علیه السلام أو من نصبه الامام علی ولایته شاهدین بصوره ما عهد الیه و سیرهما معه لیشهدا له بالولایه» .

و کیف کان: «لا یجب علی أهل الولایه قبول دعواه مع عدم البینه و ان شهدت له الامارات ما لم یحصل الیقین» .

ص:۱۱۵

المسأله السابعه

اشاره

في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد

قال المحقق: «يجوز نصب قاضيين في البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده» .

أقول: لا ريب في جواز نصب قاضيين في البلد الواحد على أن يكون لكل منهما جهه على انفراده، كجعل أحدهما قاضيا في الأموال و الأخر في الدماء و الفروج و نحو ذلك.

قال: «و هل يجوز التشريك بينهما في الجهه الواحده؟ .» .

أقول: و هل يجوز التشريك بينهما في الولايه الواحده؟ قولان، اختار المحقق «قده» الجواز، و الصحيح: المنع، لأن الولايه من الأمور ذات الإضافه فلا يمكن التشريك فيها، الا أن يراد من التشريك اناطه نفوذ حكم أحدهما بموافقه الأخر.

و مع التعدد فحيث أن كل واحد منهما جعله الشارع قاضيا

بالاستقلال و ليس نفوذ حكمه مشروطا-فی زمن الغيبه-بموافقه الأخر و إمضاء حكمه كان النافذ حكم السابق منهما فی الحكم فی الواقعه، فلا يجوز للآخر نقضه-الا مع طلب المترافعين أو العلم بالاشتباه فی الحكم-كما هو الحال فی إجراء العقد للصبی من قبل كل من الأب و الجد.

لو اختلف المترافعان فی تعيين القاضی:

فإن اختلف المترافعان فی تعيين القاضی فهل يلزم المنكر بالترافع عند من شاء المدعی الترافع عنده؟ قيل: نعم و ادعی عليه الإجماع، لان المدعی هو صاحب الحق. و فيه نظر وفاقا للسيد صاحب العروه «قده» ، إذ ليس للمدعی الحق لا علی القاضی-لأنه لو كان ذا حق لجاز له إسقاطه و الحال ان نظر القاضی فی المرافعه حكم واجب -و لا علی المدعی عليه لانه ما لم يثبت صدق دعواه بحسب القواعد لم يثبت الحق و ان أمكن ثبوته فی علم اللّه سبحانه.

علی أنه لو كان من حق فهو للمترافعين معا، فإن للمدعی عليه الترافع عند من شاء من القاضيين حتی يخلصه من دعوی المدعی و كذا إحضاره عنده ليثبت عدم صدق دعواه، و حينئذ قالوا: يرجع الی القرعه لتعيين القاضی لأنها المرجع عند التداعی كما سيأتی.

فتحصل سقوط هذا الوجه لتقديم قول المدعی و يبقی الإجماع ان كان، و الا فالقرعه هی المرجع أيضا.

و أما فی صوره التداعی بأن يكون كل منهما مدعيا و منكرا، كأن

یـدعی أحـدهما البیع فیثبت لنفسه الخیـار و الأـخر الصـلح فلاـ خیار، فان توافقا علی الترافع عنـد أحـد الحاکمین فهو، و ان سـبق أحـدهما إلی الحـاکم نفـذ حکمه بنـاء علی نفوذ الحکم الغیابی، و ان رجع کل واحـد من المترافعین الی واحـد من الحاکمین و حکم کـل منهمـا غیابـا قـال الأـکثر بـالقرعه لأـن أحـد الحکمین المتنافیین مطابق للواقع فیعین بها، لکن مقتضـی القاعـده بطلان الحکمین معا، لأنه ان أریـد بالقرعه العثور علی الواقع کترافع الرجلین علی مال فی یـد ثالث فیقترع فهو، و لکن فی المورد حیث مقـدمات الحکم فی کلاـ الطرفین تامه و یراد ترتیب الأثر علی کل واحـد باعتباره حکما مطابقا للواقع کان الحکمان متضادین و مقتضی القاعده سقوطهما، لکن لم أجد من أفتی بذلک.

و تفصـیل المسـأله: انه إذا حکم کـل من الحـاکمین لکل من المتخاصـمین بنحو التقارن فالوجه سـقوط الحکمین، و انما یتصور ذلک فی الحکم الغیابی، و الحکم الغیابی یتصور فی حالین:

الأول: أن یحضـر أحـد المترافعین عند الحاکم فیرسل الحاکم خلف الأخر فتاره یمتنع عن الترافع عند هذا الحاکم و أخری یمتنع عنه مطلقا، فان أبی عن الحضور مطلقا طلب الحاکم من المـدعی الشـهود ثم یحکم حکما غیابیا علی الخصم و ینفذ هذا الحکم فی حقه بلا کلام، و ان أبی عن الحضور عنـد هذا الحاکم مع الموافقه علی الترافع عند غیره فهل یسـمع کلامه أو لا فیحکم علیه غیابا؟ الصحیح: انه لا وجه لإلزامه بل یرجع الی القرعه.

الثانی: أن یکون الحکم غیابیا بالنسبه إلیهما معا (بأن یکون أحدهما فی بلد و الأخر فی بلد آخر، فیرجع کل منهما الی حاکم بلده -بعد عدم اجتماعهما فی بلد واحد للمرافعه لجهه من الجهات- فیحکم کل واحد من الحاکمین حکما غیابیا علی الخصم الأخر) فأی الحکمین النافذ؟ ان علم الأسبق منهما زمانا فهو المقدم، و مع عدمه فالقرعه هی الطریق لتعیین الحکم السابق النافذ، و مع العلم بوقوعهما فی زمان واحد فمقتضی القاعده سقوطهما، لأنهما کالسببین المتمانعین، و بعباره أخری: هما حکمان لموضوع واحد و دلیل اعتبارهما واحد فحیث لا یمکن اجتماعهما یسقطان.

و قیل: انهما کالخبرین المتعارضین فیحکم بالتخییر.

قلت: انما یحکم بالتخییر بین الخبرین المتعارضین فی صوره الإمکان لا- فی کل خبرین متعارضین، و فیما نحن فیه لو کان مقتضی أحد الحکمین کون المال المتنازع فیه لزید و مقتضی الأخر کونه لعمرو کیف یحکم بالتخییر؟ قال السید «قده» : ان أدله نفوذ حکم الحاکم منصرفه عن مورد التعارض بین الحکمین، فدلیل اعتبار الحکم لا یشمله.

قلت: إذا کان کذلک ارتفع فرض التعارض فی کل مورد، علی أنه لو قیل بحجیه حکم الحاکم فی صوره عدم وجود حکم معارض کان لازمه جعل حال الحکم قیدا للموضوع و هو محال.

ص:۱۱۹

و احتمل السيد الرجوع الى حاكم ثالث فيكون حكمه رافعا للنزاع.

قلت: و هل يجب ذلك أو هما بالخيار فيرجع البحث؟ و الصحيح: سقوط الحكمين معا، فان تراضيا بعدئذ بالترافع عند حاكم ثالث فهو و الا فيرجع الى القرعه لتعيين الحاكم.

ثم ان التداعى يكون تاره فى الشبهه الحكميه كأن تعقد البنت الباكره العاقله الرشيده نفسها لرجل-بناء على صحته-و يعقدها الولى لرجل آخر-بناء على استقلاله فى ذلك-فيقع النزاع بين الرجلين.

و كما لو وقع النزاع فى الحبوه بين الولد الأكبر و سائر الورثه فاختلف الطرفان فى الحكم تبعا لمقلديهما-مثلا.

و أخرى فى الشبهه الموضوعيه كأن يتنازعا على مال فان كان فى يد أحدهما كان الأخر مدعيا و صاحب اليد منكرا، فإن أثبت المدعى ملكيته له فهو، و الا-حلف المنكر على أنه ليس للمدعى و أبقى فى يده، و ان لم يكن لأحدهما يد على المال كان التداعى.

و قد أجرى فى المستند هذا التفصيل فى الشبهه الحكميه أيضا و الحق وفاقا للسيد «قده» كونهما متداعيين فى تلك الشبهه و ان كان لأحدهما يد، لان اليد حجه فى صوره الجهل بمدركها فيحتمل أن تكون على وجه صحيح، و أما مع العلم بكون مستند اليد فتوى المجتهد مثلا فليست بحجه. فلو كانت المرأه تحت من عقد له الأب و جاء من يدعى سبق عقد الجد له عليها و وقع النزاع حول

الأقدم كان احتمال صحه اليد فی محله فيطالب الخصم بالبينه فإن جاء بها و الا حلف صاحب اليد و بقيت تحته، ففی هذه الصوره حيث النزاع علی الأسبقيه و ليس المنشأ هو الاختلاف فی الحكم يحتمل صحه اليد و كان من قبيل المدعی و المنكر لا المتداعيين.

ص:١٢١

المسأله الثامنه

فيما يتعلق بانعزال القاضى و عزله

قال المحقق «قده» : «إذا حدث به ما يمنع الانعقاد انعزل و ان لم يشهد الامام بعزله كالجنون و الفسق، و لو حكم لم ينفذ حكمه» .

أقول: إذا فقد القاضى أحد الشروط المعتبره سقط حكمه عن الاعتبار و لم ينفذ، لأن أدله اعتبار الصفات تقتضى وجودها فيه ابتداء و استدامه، فلا وجه للاستصحاب لأنه أصل و هو لا يعارض الأدله، فإن ارتفع المانع فهل تعود التوليه أو لا بد من نصب جديد؟ اختار فى المسالك الثانى و وافقه فى الجواهر قال: لا تعود بزوال هذه العوارض للأصل. أقول: و المراد من الأصل اما استصحاب حال الجنون-مثلا-و اما أن التوليه تحتاج الى دليل و بعد زوال الجنون فالأصل عدم التوليه، فيكون نظير الوكاله إذا جن الوكيل.

و الحق: أنه ان نصب شخص الامام عليه السلام أحدا بخصوصه

ص:١٢٢

للقضاء كان حاله حال الوكيل فيما ذكر، و أما إذا كان حكم النصب كليا سواء فى زمن الحضور أو الغيبه كما فى معتبره أبى خديجه فإنه مع زوال العارض يشمله الحكم الكلى و ينفذ حكمه، نظير:

«لا- تصل الا خلف من تثق بـدينه» ، فلو حدث فى إمام الجماعه فسق لم تجز الصلاه خلفه، فان تاب و عاد جاز الائتمام به لقوله «ع» «صل» لان معناه: جواز الصلاه خلفه فى كل زمان حصل الوثوق بدينه و عدالته. و لعل كلمات الأصحاب ناظره إلى المنصوب من قبل الامام «ع» بشخصه، و هذا جار فى المنصوب من قبل المجتهد أيضا بناء على أن له ذلك.

هذا كله فى الانعزال القهرى، فإن القاضى ينعزل بحدوث ما يمنع انعقاد القضاء له و ان لم يعلم الامام عليه السلام بذلك لأنهم إذا شاءوا علموا.

و ربما فرق بين ما إذا كان العارض سريع الزوال كالإغماء و بين غيره كالجنون فتعود فى الأول قياسا على السهو و النسيان دون الثانى.

أقول: و فيه انه يشترط فى القاضى العقل، و ان زواله يوجب العزل سواء كان بالإغماء أو الجنون، إذ لا أثر لقله زمان الزوال حتى يفرق بين الإغماء و الجنون، و أما فى حال النوم و السهو و النسيان و نحو ذلك فلا يزول العقل، فهو قياس مع الفارق.

قال المحقق «قده» : «و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟ الوجه لا، لان ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهيا» .

أقول: ان كان فی العزل مصلحه فلا إشكال فی جوازه، و مورد البحث ما إذا أراد عزله لا لمصلحه بل تشهيا، و قد استدل المحقق «قده» للعدم بما سمعت لكنه مصادره محضه. و قيل: لانه عبث و الامام عليه السلام لا يفعله، و فيه: انه ان عزله فلا يكون عبثا، و قيل: انه يعرض بذلک للقدح من ليس بمقدوح فيه، و فيه: ان عزله مع رفع هذه الشبهه فلاـ اشكال، على أن لزوم ذلک أمر ثانوی، و العنوان الثانوی قد يحصل حتى من النصب، فقد ينصب الحاكم للقضاء و يترتب على ذلك المفسده، فلا بد من البحث فی جهه أخرى و هی أنه هل يجوز عزل القاضی عن القضاء أو لاـ؟ لقد ذكرنا سابقا أن الولايه على القضاء أمر اعتباری عرفی قابل للجعل كالزوجيه و الملكيه و نحوهما، فهی موجوده بين أهل العرف و قد جعل الشارع هذه الولايه للنبی و الامام عليهما الصلاه و السلام ثم رخص المجتهد فی ذلک أيضا، فهل يستفاد من نفس التمكن من الجعل التمكن من العزل كذلک؟ أما بالنسبه الى الامام عليه السلام فلا ريب فی انعزال من يعزله، و أما بالنسبه إلى المجتهد فهذا مشكل بل لا بد من دليل آخر، كما ليس لحاكم الشرع عزل من جعله متوليا على وقف أو نصبه وليا على أمر من الأمور من غير سبب يقتضی ذلک شرعا، الا أن يدعی النيابه العامه للمجتهد بأن يكون له فعل كل ما فعله الامام عليه السلام. و هذا يتوقف بالإضافه إلى إثبات ذلک من ناحيه الأدله على إثبات فعل الامام عليه السلام ذلک،

الا ـ أن يقال بأن أمير المؤمنين عليه السلام كان قد نصب و عزل بعض القضاه، و لكن هذا يحتاج إلى الإثبات، فلعله أرجع القاضى من ذاك البلد ليرسله الى بلد آخر.

و كيف كان فيحتاج الى دليل آخر غير ما دل على جواز النصب.

نعم كل شيء يتوقف على الاذن-لا الجعل-جاز الرجوع فيه عن الاذن.

و لو عين الواقف أحدا للتوليه على الوقف فليس له عزله عن التوليه، لأن ذلك كالرجوع عن الوقف و قد ثبت أن الوقوف على ما يوقفها أهلها، على أن بعض الفقهاء يفتون بعدم جواز عزله حتى مع الخيانه، قالوا: بل يجب حينئذ ضم أحد اليه. و هذا كله مما يشهد بأن جواز الجعل بوحده لا يكفى للدلاله على جواز العزل.

هذا و ليس من شأننا البحث عن حكم الامام عليه السلام لثبوت عصمته، على أن نفس إراده الإمام مرجحه، إذ لا يتصور التوقف له فى مورد التعارض بين طرفى الفعل و الترک، و لا يشترط أن يكون لفعله مرجح، بل يكفى عدم المرجوحيه للفعل.

و على فرض جواز العزل فهل ينعزل القاضى بمجرد العزل أو بعد بلوغ الخبر اليه كالوكيل؟ قال فى المسالك: قولان أظهرهما الثانى لعظم الضرر فى رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

ص:۱۲۵

و فى الأول: ان الضرر اللازم كما يمكن أن يكون متوجها الى من كان له الحق كذلك يحتمل أن يتوجه الى مدعى الباطل منهما و دليل «لا ضرر» لا ينفى مثل هذا الضرر، فيكون المورد شبهه مصداقيه له فلا يجوز التمسک به، فيكون حكم هذا القاضى حينئذ نظير حكم من حكم بتوهم كونه منصوبا لذلک من قبل الامام ثم بان له أنه لم يكن له ذلک فان حكمه باطل، و كذا من باع مال غيره متخيلا أنه وكيله ثم ظهر العدم.

و فى الثانى: ان الأولويه ممنوعه، الا أن يقال بأن الولايه على القضاء وكاله مع زياده السلطنه أو يصحح ذلک بتنقيح المناط.

و بما ذكرنا ظهر أنه لا مجال للتمسک باستصحاب بقاء نفوذ الحكم.

قالوا: هذا إذا عزل القاضى لفظا أو كتب إليه: أنت معزول -مثلا- و أما إذا كتب إليه: إذا قرأت كتابى فأنت معزول ففيه فروع منها: أنه لا ينعزل الا بعد قراءه الكتاب سواء و صل الى يده أو لا فلو وصل اليه الكتاب و حكم فى قضيه قبل أن يقرأه نفذ حكمه بلا اشكال. و منها: أنه لا يشترط قراءته للكتاب مباشره بل الظاهر أن المراد فهمه بما فيه و لو بقراءه غيره له، و منها: أنه هل يشترط قراءه الكتاب كله أو يكفى العلم بحاصل المراد؟ و تظهر الفائده فيما لو ذهب بعض الكتابه أو تعذر عليه قراءته.

قال فى الجواهر: ان هذه احتمالات بارده أطنب فيها العامه

فی کتبهم لغرض صیروره الکتاب ضخما.

قلت: و یمکن أن تثمر هذه الفروع فی الإجازات و الوکالات التی یکتبها الفقهاء للأشخاص. و لکنها قلیله الجدوی.

ص:۱۲۷

المسأله التاسعه

اشاره

هل ينعزل القاضى بموت الامام؟

قال المحقق «قده» : «إذا مات الامام عليه السلام قال الشيخ:

الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاه أجمع. و قال فى المبسوط:

لا ينعزلون، لان ولايتهم ثبتت شرعا فلا تزول بموته. و الأول أشبه» .

أقول: علل فى المسالك القول الأول بقوله: لأنهم نوابه و ولايتهم فرع ولايته فإذا زال الأصل زال الفرع، و وافقه فى الجواهر فيه و أضاف: فإن أمر كل عصر الى امام ذلك العصر. أى: ان قضاه ذلك العصر ينعزلون بموته ثم ينصبهم الامام اللاحق مره أخرى أو ينصب غيرهم.

و استدل للقول الثانى: بأن ولايه القضاه قد ثبتت شرعا فلا تزول بموت الامام و مع الشك تستصحب، و قد أيد ذلك فى الجواهر و غيره بما فى الانعزال من الضرر العام للخلق بخلو البلدان من

الحكام الى أن يجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل الاحكام.

و الصحيح أن يقال: ان كل فرد من الناس إذا وكل أحدا أو أنابه أو أذن له فى شئونه الخاصه و الأمور التى بيده فإنه إذا مات ينعزل الوكيل و النائب و المأذون بلا كلام، من غير فرق فى ذلك بين الامام و غيره، فان كان القضاء كذلك بمعنى أن يكون أمر القضاء للإمام و أن القاضى ينوب عنه فى القضاء أو يقوم بذلك وكاله عنه انعزل القضاه بموته، لان من قواعد المذهب انعزال الوكيل و النائب بموت الموكل و المنوب عنه.

و ان كان القضاء نظير نصب المتولى على الموقوفه أو الولايه على الصغار فلا ينعزل بموت من نصبه، لانه يقوم بالأمر بعنوان السلطنه لا بعنوان الوكاله و الاذن.

و بما ذكرنا يظهر الحال فى التمسك بالاستصحاب لعدم انعزالهم بموت الإمام، لأن ولايتهم ان كانت من باب الوكاله فقد بطلت، و ان كانت من باب الولايه فلا شك فى بقائها حتى تستصحب، بل لو شك يستصحب عدم جعل الولايه، و لا يعارضه استصحاب عدم كونه وكاله لعدم الأثر.

و يمكن تقريب الاستدلال بأن يقال: ان الولايه قد يكون جعلها مقيدا بزمان حياه الامام فلا ريب فى انقطاعها بالموت، و قد يكون غير مقيد بذلك فهى مطلقه و لا ريب فى بقائها بعد موت الامام، و مع الشك فى كونها مقيده أو مطلقه يستصحب كلى الولايه فلا ينعزل

ص:۱۲۹

القاضی بموته و ینفذ حکمه.

و لکن یشکل بأنه یبتنی علی القول بجریان الاستصحاب مع الشک فی المقتضی.

و یمکن أن یکون المستصحب عدم وجود القید فی الولایه، و لیس هذا الاستصحاب مثبتا لخفاء الواسطه، و حینئذ یسند بقاء الولایه المطلقه إلی الشارح.

و أما استصحاب نفوذ الحکم، ففیه: ان استصحاب الحکم مع الشک فی تحقق موضوعه غیر جائز، کما لا یجوز استصحاب قیام قیام زید مع الشک فی وجوده.

و أما استدلالهم بلزوم الضرر العام بالانعزال، فیرد علیه: ان لزوم الضرر لا یفید لإثبات عدم الانعزال، فلو أن ماء حکم بطهارته الظاهریه بالاستصحاب و توضأ به مده من الزمن و غسلت به الثیاب و نحو ذلک ثم انکشف الخلاف لم یکن الضرر العظیم المترتب علی ذلک موجبا للقول بعدم نجاسه الماء.

الا أن یقال بأن لزوم الضرر یقتضی القول بعدم سقوط أحکام هؤلاء القضاه، و أما أصل ولایتهم علی الحکم فلا تثبته قاعده نفی الضرر لأنه أمر تکوینی.

قال فی المسالک: «و الأظهر هو الأول، و قد یقدح هذا فی ولایه الفقیه حال الغیبه و أن الامام الذی قد جعله قاضیا و حاکما قد مات، فیجری فی حکمه ذلک الخلاف المذکور، الا أن الأصحاب

مطبقون على استمرار تلك التوليه، فإنها ليست كالتوليه الخاصه بل حكم بمضمون ذلك، فإعلامه بكونه من أهل الولايه على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهاده و ذى اليد مقبول الخبر و غير ذلك و فيه بحث» .

قلت: و هو خلاف ظاهر المعتبره حيث قال عليه السلام «فانى جعلته حاكما» و لم يقل: فحكمه نافذ-مثلا-فلو كان حكما إلهيا لم يكن متوقفا على جعل من الامام، بل ظاهر الروايه أن الحكومه لغير النبى و الامام متوقفه على الجعل و هو بيد الامام «ع» ، فيكون الحاصل: ان من كان معنونا بتلك العناوين مجعول وليا من قبل الامام، و ليس هذا الجعل مقيدا بزمان حياته، بل هو نظير جعل التوليه على المسجد لإمام الجماعه من قبل الواقف، فليس من شك حتى يستصحب. و أما كون المسأله نظير الوكاله أو الحكم فكل ذلك خلاف الظاهر.

و بالجمله: ان كان توليهم للقضاء مستندا إلى النيابه من ناحيه الإمام أو الى الوكاله عنه كانت ولايتهم فرع ولايه الامام و بموته ينعزلون، و ان كان جعلا من قبله و سلطنه لهم على الحكم فلا ينعزلون بموت الامام.

فالحق فى المسأله ما ذكرناه (۱)) .

ص:۱۳۱

لو مات القاضی الأصلی فهل ینعزل النائب عنه؟

ثم قال المحقق «قده» : «و لو مات القاضی الأصلی لم ینعزل النائب عنه لأن الاستنابه مشروطه بإذن الإمام علیه السلام فالنائب عنه کالنائب عن الامام فلا ینعزل بموت الواسطه. و القول بانعزاله أشبه» .

أقول: لو أذن الامام للقاضی الأصلی فی نصب القضاه بأن یکونوا وکلاء عن الإمام أو یکونوا نوابه أو مأذونین من قبله فی الحکم لم ینعزلوا بموت القاضی الأصلی لکونه واسطه فی النصب فحسب و هذا واضح، و لو کان ذلک من قبل نفسه لا الامام فلا ریب فی انعزالهم بموته، و هذا واضح أیضا، و لو أمره الإمام بإنشاء النصب و جعل الولایه علی القضاء فلا ینعزلون لا بموته و لا بموت الامام لما تقدم فی الفرع السابق.

هذا كله فی مقام الثبوت.

و فی مقام الإثبات: ان علم الأمر من الامام علیه السلام أو بالقرائن الحافه بالکلام فلا بحث، و ان شک فی کیفیه الأمر و فی نفوذ حکم القضاه المنصوبین بعد موت القاضی الأصلی فلا مجال لاستصحاب کلی الوکاله أو النیابه لعدم جریانه مع الشک فی المقتضی، مضافا الی أنه مسبب عن الشک فی کون الجعل من قبل الامام و الأصل عدمه کما أن الأصل عدم جعل الولایه و السلطنه، فلا وجه لنفوذ حکمهم بعد موت القاضی الأصلی.

و أما فی حال الغیبه فلا ریب فی نفوذ قضاء الفقیه الجامع للشرائط لأن له الولایه علی القضاء، فان قلنا بأنه لا یجوز له نصب غیره للقضاء فلا کلام، و ان قلنا بأن له ما للإمام جاء فیه التفصیل المذکور فی الفرع السابق.

و أما فی الأمور الحسبیه فتاره ما یأذن أو یوکل أو ینیب من یثق به فیها فإن إعماله نافذه ما دام الفقیه الناصب له حیا و ینعزل بموته البته و أخری یجعل الولایه له بالاستقلال فلا ینعزل بموته.

و أشکل المحقق الآشتیانی فی أن یکون للفقیه ما للإمام من التصرف فی الأمور المستقبله لعدم الدلیل علی ذلک. و فیه: ان هذا صحیح و لکن الفقیه یجعل الولایه فی حال حیاته ثم تبقی بعد موته حتی یحدث ما یزیلها أو یموت-نظیر علقه الزوجیه التی لا تزول بموت العاقدین-لان ذات الولایه المجعوله قابله للبقاء بمجرد إنشائها حتی یقوم الدلیل علی زوالها.

و هـل للنـائب أو الوكيـل جعـل الولا-يه الخـاصه لثـالث؟ الظاهر: لا، لان غرض الشارع فى الأمور الحسبيه يتحقق بالاذن. و تظهر الفائـده فى أنه مع الجعل لا يمكن العزل. و قـد تـدعو الضـروره إلى العزل بخلاف الاذن، فلـذا يكون التصـرف بنحو الاذن حتى يتمكن من ذلك.

ص:۱۳۴

المسأله العاشره

هل تنعقد الولايه لفاقد الشرائط لو نصبه الإمام مصلحه؟

قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحه توليه من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاه للمصلحه فى نظر الامام عليه السلام كما اتفق لبعض القضاه فى زمن على عليه السلام. و ربما منع من ذلك.» .

أقول: اختلف الأصحاب فى المسأله على قولين، و منشأ الخلاف أن أمير المؤمنين عليه السلام نصب شريحا للقضاء مع أنه لم يكن جامعا للشرائط المعتبره فى القاضى، فالمستفاد من بعض الروايات أنه لم يكن عالما حتى بأحكام القضاء، كما أنه لم يكن عادلا كما هو واضح، فيدور الأمر فى الحقيقه بين رفع اليد عن بعض الشرائط فى حال توليه الإمام أو حمل فعل الامام على بعض الوجوه، و قد حمل بعضهم نصب الإمام أمير المؤمنين عليه السلام شريحا على التقيه، لأنه كان منصوبا من قبل فى الكوفه، فلو عزله عليه السلام

ص:۱۳۵

لخالف القوم كما وقع بالنسبه الى بعض الأمور التى أراد عليه السلام تغييرها أو رفعها كصلاه التراويح حيث ارتفعت أصوات القوم و جعلوا ينادون «وا عمراه» .

و قيل: ان الأئمه عليهم السلام مهما كانوا فى تقيه و شده لم يكونوا يتقون فى أمر القضاء، و كانوا ينهون عن التحاكم الى قضاه الجور و المخالفين، فكيف بنصب القاضى الجائر؟ على أن أمير المؤمنين عليه السلام لو كان فى حال تقيه لما عزل معاويه عن الشام.

أقول: أما النقض بعزل معاويه فغير تام، لأن معاويه لم يبايع الامام مع بيعه سائر المسلمين و الولاه له، و أما شريح فإن الإمام لم يوله و لم يتمكن من عزله حتى خاطبه قائلا: «يا شريح جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى أو شقى» .

و قيل: ان الامام لم يفوض إليه أمر القضاء، بل شاركه فيما ينفذه. و هذا هو المستفاد من الروايات، و هو أحسن الوجوه فى المسأله.

و قيل: انه كان يحكم و لكن لا يترتب على حكمه أثر. و هو خلاف الظاهر.

و فى المسالك: المروى من حال شريح معه عليه السلام خلاف ذلك و فى حديث الدرع الغلول ما يرشد الى ما ذكرناه.

أقول: و لنذكر بعض الروايات التى أشرنا إليها، ثم حديث الدرع:

منها-ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال

«لما ولی أمیر المؤمنین علیه السلام شریحا القضاء اشترط علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه» (۱) .

و منها-ما رواه المشایخ الثلاثه عن سلمه بن کهیل قال: سمعت علیا علیه السلام یقول لشریح: «و إیاک أن تنفذ قضیه فی قصاص أو حد من حدود اللّه أو حق من حقوق المسلمین حتی تعرض ذلک علی ان شاء اللّه.» (۲) .

و أما حدیث الدرع الغلول فهذا نصه عن الکلینی «قده» بسنده عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «دخل الحکم بن عتیبه و سلمه بن کهیل علی أبی جعفر علیه السلام فسألاه عن شاهد و یمین. فقال: قضی به رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و قضی به علی علیه السلام عندکم بالکوفه. فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال: و أین وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان اللّه یقول «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» . فقال:

قول اللّه «وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ» ، هو لا تقبلوا شهاده واحد و یمینا! ثم قال:

ان علیا علیه السلام کان قاعدا فی مسجد الکوفه، فمر به عبد اللّه ابن قفل التمیمی و معه درع طلحه. فقال علی علیه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره. فقال له عبد اللّه بن قفل: اجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین. فجعل بینه و بینه شریحا.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۸-۱۵۵.

فقال علی علیه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره.

فقـال له شـریح: هـات علی ما تقول بینه. فأتاه بالحسن فشـهد أنها درع طلحه أخـذت غلولا یوم البصـره. فقال شـریح: هـذا شاهد واحد و لا أقضـی بشـهاده شاهد حتی یکون معه آخر. فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره. فقال شریح: هذا مملوک و لا أقضی بشهاده مملوک.

قال: فغضب علی علیه السـلام و قال: خذها فان هذا قضـی بجور ثلاث مرات. قال: فتحول شـریح و قال: لا أقضی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضـیت بجور ثلاث مرات؟ فقـال له: ویلـک-أو ویحـک-انی لمـا أخبرتـک أنها درع طلحه أخـذت غلولا یوم البصـره فقلت: هات علی ما تقول بینه و قد قال رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بینه. فقلت: رجل لم یسمع الحدیث. فهذه واحده. ثم أتیتک بالحسن فشهد. فقلت:

هذا واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر و قد قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده واحد و یمین، فهـذه ثنتان. ثم أتیتک بقنبر فشـهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصـره فقلت: هذا مملوک و ما بأس بشـهاده المملوک إذا کان عدلا. ثم قال:

ویلک-أو ویحک-ان امام المسلمین یؤمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا» (1) .

ص:138

1- 1) وسائل الشیعه:18-194.

المسأله الحاديه عشر

هل ينفذ حكم من لا تقبل شهادته؟

قال المحقق «قده» : «كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على الوالد و العبد على مولاه و الخصم على خصمه. و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على أخيه و له» .

أقول: هذا مذهب الأكثر، بل ادعى عليه الإجماع لكنه غير معلوم، و استدل على ذلك بأن الحكم شهاده و زياده، فكل من لا تقبل شهادته فى حق أحد لا ينفذ حكمه فيه، و قد أنكر جماعه كون الحكم كذلك، فلا مانع من شمول الإطلاقات و نفوذ حكم من ذكر كالولد على الوالد و العبد على مولاه، و فى أصل قبول هذه الشهاده إخبار متعارضه سيأتى التعرض لها فى محلها ان شاء اللّه تعالى.

و كذلك حكم الحاكم على خصمه أو له الا إذا رجع حكمه الى الإقرار و هذا بحث آخر، و يدل عليه-مضافا الى الإجماع

ص:١٣٩

المـدعی-انصـراف الأـدله عن ذلک، بل المتبادر منها الرجوع الی الغیر، فان قوله علیه السـلام «انظروا الی رجل منکم. فتحاکموا الیه» ظاهر فی وجوب ترافع الخصمین عند من کان واجدا للشرائط المعتبره و ان کان أحدهما کذلک.

قـال السـید صـاحب العروه «قـده» : نعم له أن ینقـل حقه الی غیره ثم یرجع ذلـک الغیر مع الخصم إلیه، فـإنه حینئـذ ینفـذ حکمه لذلک الغیر و ان انتقل الیه بعد ذلک بإقاله أو نحوها.

و هـل ینفـذ حکمه لمن له علیه ولاـیه خاصه کالأبوه و الوصایه؟ قیل: نعم لان الحکم لیس لنفسه، و قیل: لا، لانه هو المنازع فی الحقیقه، و اختاره السید و هو الأظهر.

و أمـا المـولی علیه بالولاـیه العـامه فالصـحیح نفـوذ حکمه و الاـ لم یرتفع النزاع فی هـذه الموارد لاـن کـل قـاض ولی الأیتـام و المجانین و نحو ذلک.

و إذا کـان للحاکم شـرکه مع غیره فی مال و وقع النزاع فیه بینهما و بین غیرهما کما إذا تنازع أخوه مع غیره فی مال مشترک بینه و بین أخیه من جهه الإرث فلیس للحاکم أن یطالب الغیر بالترافع عنـد نفسه، لکن لأخیه مطالبته بالترافع عنده، و هل ینفذ حکمه حینئـذ؟ ذکروا أنه إذا حکم لأـخیه نفـذ فی حصه أخیه و لاـ ینفـذ فی حصه نفسه. و هـذا فیه بحث، لأنه إذا ثبت کون المال إرثا کان النصف الأخر للحاکم فی الفرض المذکور و الا لزم التفکیک بین اللازم و الملزوم.

و أجاب المحقق النراقى «قده» بأن اللوازم الشرعيه ليست كالعقليه بل هى قابله للاستثناء.

و فيه: انه لا يمكن المساعده عليه، لان الواقع لا ينقلب عما هو عليه، لان هذا المال ان كان لأبيهما واقعا كان الحاكم و أخوه شريكين فيه، و ان لم يكن له فليس لأحدهما فيه شىء. نعم يمكن التفكيك فى فصل الخصومه بأن ترفع بالنسبه إلى حصه أخيه و يترافع هو و الغير عند حاكم آخر لفصل الخصومه فى حصته خاصه.

و لما كانت الملازمه المذكوره بحسب واقع الأمر فإنه يمكن التفكيك بين السهمين بحسب الظاهر، و ذلك فى حال الشك فى كون المال إرثا، نظير ما إذا تيقن زيد بتنجس ماء معين و شك عمرو فيجب على الأول الاجتناب عنه دون الثانى فله البناء على طهارته الظاهريه فحصل التفكيك فى الحكم بينهما مع وجود الملازمه بينهما بحسب الواقع، لأنه ان كان طاهرا واقعا جاز لهما شربه، و ان كان متنجسا واقعا وجب عليهما الاجتناب عنه.

فظهر إمكان التفكيك فى الحكم الظاهرى فى حال الشك فى كون ذلك المال إرثا، و أما مع إحراز كونه كذلك فلا يمكن التفكيك بين السهمين.

و قد فرق السيد فى مسأله الشركه فى صوره كون مورد الدعوى عينا بين ما إذا كانت الدعوى بعد افراز الحاكم حصته عن حصه أخيه و بين ما إذا كانت بعده، قال: إذا كان للحاكم شركه مع غيره

فی مال و وقع النزاع فیه بینهما و بین غیرهما نفذ حکمه فی حصه شریکه لا فی حصه نفسه. مثلا: إذا تنازع أخوه مع غیره فی مال مشترک بینه و بین أخیه من طرف الإرث و ترافعا الیه فحکم لأخیه نفذ فی حصه أخیه و لا ینفذ فی حصه نفسه، و لا یشترک مع أخیه فی تلک الحصه التی ثبتت لأخیه، إلا إذا کانت الدعوی فی عین و قد قسمها أخوه مع ذلک الغیر و أفرز حصته، إذ حینئذ یشترک معه فی تلک الحصه لإقراره بالشرکه. و أما قبل القسمه فلا یشترک معه، فلأخیه أن ینقلها الی غیره علی إشاعتها. و أما إذا کانت الدعوی دینا فلا یشارکه مطلقا و لو بعد القبض علی الأقوی.

و فیه نظر، لأنه إن استلزم الإقرار لم یکن فرق بین العین و الدین و ان لم یستلزمه فکذلک، فالتفریق بینهما لا وجه له.

و لو تنازع جماعه مشترکون فی مال مع غیرهم فأقاموا شاهدا واحدا و حلف بعضهم دون بعض، فإنه یثبت حصه الحالف دون غیره، لان یمین کل واحد منهم جزء، و لولاه فالخصومه باقیه.

ص:۱۴۲

آداب القاضی و القضاء

اشاره

و هی قسمان:

الآداب المستحبه،

الآداب المکروهه

ص:۱۴۳

آداب القاضی و القضاء قال المحقق «قده» : «النظر الثانی فی الآداب (۱)و هی قسمان:

مستحبه و مکروهه.

فالمستحب: أن یطلب (۲)) من أهل ولایته من یسأله عما یحتاج

ص:۱۴۵

إليه فى أمور بلـده، و أن يسـكن عنـد وصوله فى وسط البلـد ليرد الخصوم عليه ورودا متساويا، و أن ينادى بقـدومه ان كان البلد واسعا لا ينتشر خبره فيه الا بالنداء، و أن يجلس للقضاء فى موضع بارز مثل رحبه أو فضاء ليسهل الوصول اليه، و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم (۱)) .

و لو حكم فى المسـجد صلى عند دخوله تحيه المسجد، ثم يجلس مستدبر القبله ليكون وجه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبله لقوله عليه السلام: خير المجالس ما استقبل به القبله، و الأول أظهر (۲)) .

ثم يسأل عن أهل السـجون و يثبت أسـماءهم و ينادى فى البلـد بـذلك و يجعل له وقتا، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحـد واحـد و يسأله

ص:۱۴۶

عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه، فان ثبت لحبسه موجب أعاده و الا أشاع حاله بحيث ان لم يظهر له خصم أطلقه (۱)) .

و كذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لى فإنه ينادى فى البلد، فان لم يظهر له خصم أطلقه. و قيل: يحلفه مع ذلك (۱)) .

ثم يسأل عن الأوصياء و عن الأيتام و يعمل معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولايه إما لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانه أو ضم مشارك ان ظهر من الوصى عجز.

ثم ينظر فى أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم و لأموال الناس من وديعه و مال محجور عليه، فيعزل الخائن و يسعد الضعيف بمشارك أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

ثم ينظر فى الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمنه، و يتسلم ما عرّفه الملتقط حولا ان كان شىء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، و يستبقى ما عدا ذلك مثل الأثمان و الجواهر محفوظه على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر.

و يحضر من أهل العلم (۲)) من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن

المصيب عندنا واحد. و يخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرره.

و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال (۱)) .

و إذا تعدى أحد الغريمين عرفه خطأه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب لزوم النمط.

ص:۱۴۹

(و الآداب المكروهه)

و الآداب المكروهه أن يتخذ حاجبا وقت القضاء (۱)) و أن يجعل المسـجد مجلسا للقضاء دائما، و قيل: لا يكره مطلقا التفاتا الى ما عرف من قضاء على عليه السلام بجامع الكوفه (۲)) ، و أن يقضى و هو

ص:۱۵۰

غضبان (۱)) ، و کذا یکره مع کل وصف یساوی الغضب فی شغل النفس کالجوع و العطش و الغم و الفرح و مدافعه الأخبثین و غلبه النعاس (۲))

ص:۱۵۱

فلو قضى و الحال هذه نفذ إذا وقع حقا، و أن يتولى البيع و الشراء لنفسه (۱)) ، و كذا الحكومه (۲)) ، و أن يستعمل الانقباض المانع من اللحن بالحجه، و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم.

و يكره أن يرتب للشهاده قوما دون غيرهم، و قيل يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأن فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار (۳)) .

ص:١٥٢

مسائل

اشاره

هـل للقاضـی أن یحکم بعلمه؟ حکم مـا لو لم یعرف الحاکم عـداله البینه هل للحاکم الثانی نقض حکم الأول؟ فی تتبع الحاکم حکم من قبله فی دعوی ان المعزول حکم علیه بشـهاده فاسـقین فی تعدد و عداله مترجم الحاکم فی شرائط کاتب القاضی فروع حول عـداله الشاهـدین فی تفریق الشـهود عنـد الشـهاده فیما یعتبر فی الشـهاده بالجرح فی الحکم باسـتمرار العـداله حتی تبین ما ینافیهـا فی کتابه الحاکم قضایا کل أسـبوع هل یجب علیه کتابه المحضـر؟ یکره له ان یعنت الشـهود لا یجوز له أن یتعتع الشاهد یکره له ان یضیف احد الخصمین فی حرمه الرشوه فی إحضار الخصم الی مجلس القضاء

ص:۱۵۳

المسأله الأولى

(هل للقاضى أن يحكم بعلمه؟)

قال المحقق: «و هنا مسائل-الأولى: الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقا، و غيره من القضاه يقضى بعلمه فى حقوق الناس، و فى حقوق اللّه تعالى على قولين أصحهما القضاء. و يجوز أن يحكم فى ذلك كله من غير حضور شاهد يشهد الحكم» .

أقول: أما حكم قضاء الامام بعلمه فلا ثمره للبحث عنه (١)) الا من

ص:١۵۵

جهه أنه إذا ثبت أن الامام عليه السـلام لا يقضى بعلمه ثبت عدم جواز القضاء لغيره من القضاه بعلمه بالأولويه، و لكن قد وجدنا أنه عليه السـلام قـد قضـى بعلمه فى بعض الموارد، الاـ أن هـذا بوحـده لا يكفى للقول بجوازه لغيره كما لا يخفى، بل لا بـد من ملاحظه الأدله بالنسبه اليه.

و أمـا غير الامام من القضاه فلا كلام و لا إشـكال فى حكمه بعلمه فى الشـبهات الحكميه، فلو تنازع الولـد الأكبر مع سائر الورثه فى حكم الحبوه لاختلاف فتوى مقلـديهما فى المسأله فتراضـيا بالترافع عند مجتهد ثالث حكم بينهما بما رآه و لزم على الطرفين قبول حكمه.

و انما الكلام فى الشـبهات الموضوعيه كما إذا تنازع زيـد مع عمرو فى مال و علم القاضـى بأنه لزيـد فهل له أن يحكم بعلمه من دون بينه أو إقرار أو لاـ؟ الحق هو الأول–وفاقا للمشـهور بل حكى الإجماع عليه عن جماعه من الأكابر، و قـد حكى عن بعضـهم التفصيل بين حق اللّه و حق الناس فأجازه فى الأول دون الثانى، و عن آخر

التفصيل على عكسه-لما تقرر فى محله فى القطع الموضوعى من أنه إذا أخذ القطع فى موضوع الحكم بما هو طريق له قامت الاماره مقامه فى العمل، (بخلاف ما إذا أخذ بما هو صفه خاصه قائمه بالشخص) ، فإذا كان الظن الحاصل من البينه بما هى طريق يترتب عليه الأثر لحجيتها فان العلم أقوى من البينه فيجب ترتيب الأثر عليه بالأولويه (۱)) .

و يدل عليه-بعد الإجماع-ما ذكروه من استلزام عدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم و استلزامه عدم وجوب إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه.

و يدل عليه أيضا عموم ما دل على الحكم بالحق و القسط و العدل فإذا علم بكون المال لزيد وجب عليه الحكم بذلك و كان على عمرو قبوله.

و أشكل المحقق العراقى «قده» على الاستدلال بهذه العمومات بأن التمسك بها فرع كون المراد من الحكم و الحق و القسط و العدل هو الحكم و الحق و أخويه فى نفس الواقعه، و لازمه حينئذ كون القضاء من آثار نفس الواقع لا من آثار الحجه عليه، و لكن لا يخفى أن مثل هذا المعنى ينافى ما فى قوله: «رجل قضى بالحق و هو لا يعلم» ، إذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء لا وضعا

ص:۱۵۹

و لا تكليفا.

و يمكن رفع المنافاه بأنه و ان كان ظاهر العمومات كون الواقع تمام الموضوع للحكم لكن هـذه الروايه تقضـى باعتبار أمر آخر مع ذلك و هو كون القاضى عالما بالواقع، فيكون مجموع الأمرين هو الموجب لنفوذ الحكم و فصل الخصومه.

و أما حمل الروايه على بيان شرطيه العلم فى أصل القضاء، أو إثبات العقوبه على مثل هـذا القاضـى من جهه تجريه على القضاء بغير علم و ان كان نافذا فخلاف الظاهر.

فيكون حاصل الجمع: ان الحكم النافـذ هو الحكم المطابق للواقع مع علم الحاكم بهـذه المطابقه و ان كان هذا العلم جهلا مركبا فى نفس الأـمر، و مع شـك المتخاصـمين بكون الحـاكم عالمـا بالواقع فلا ينفـذ، لكن لا يشترط علمهما بالمطابقه، و مع علمهما بعـدم المطـابقه فيـؤثر الحكم فى رفـع الخصـومه خـاصه. فظهر أن العلم بوصـف الطريقيه جزء لموضـوع الحكم، و تقوم الـبينه و الايمان مقامه مع عدمه، مع الفرق بينهما من جهه أن العلم حجه بذاته و لا سبيل للجعل اليه بخلافهما.

هـذا، و لكن المسـتفاد من طـائفه من آيـات الكتاب العظيم كقوله تعالى «وَ لْيَحْكُمْ أَهْلُ اَلْإِنْجِيلِ بِما أَنْزَلَ اَللّٰهُ فِيهِ وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّٰهُ فَأُولٰئِكَ هُمُ اَلْفاسِقُونَ» (۱) و قوله تعالى:

ص:۱۶۰

۱- ۱) سوره المائده:۴۷.

«وَ أَنِ اُحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّهُ .» (۱) أن على الحاكم أن يحكم «بما أنزل اللّه» ، و ظاهر ذلك أن «ما أنزل اللّه» هو موضوع الحكم بين الناس، و مع العلم به يجب الحكم بحسبه عقلا و الا لم يجز الحكم لانه افتراء على اللّه تعالى، فموضوع الحكم هو الواقع فقط، فان علم به حكم بحسبه و مع عدم العلم لم يجز له الحكم عقلا و لا شرعا.

و أما البينات و الايمان فلا تحمل على ما هو الغالب كما فى الجواهر بل انها طريق شرعى لإحراز الموضوع-و هو الواقع-عند عدم العلم به، فلا دخل للعلم و لا للبينات و الايمان فى فصل الخصومه.

و أما قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم فى قضيه الملاعنه: «لو كنت راجما من غير بينه لرجمتها» الظاهر فى توقف الرجم على البينه بالرغم من علمه «ص» بالواقع فلا يمكن حمله على مورد الشك.

فقد أجيب عنه بعدم ثبوته من طرقنا، و مع التسليم فلا مانع من قيام الدليل على عدم ترتيب الأثر على العلم فى إجراء بعض الحدود، بل للشارع أن لا يرتب الأثر على الواقع فى مورد و ان كان المستفاد من آيات الكتاب كون الحكم من آثار الواقع.

و أما المتخاصمان فلا يحكم عليهما بالعمل بما أنزل اللّه، بل عليهما العمل بالحكم و تنفيذه، نعم لا يكلفان بذلك فى صوره علمهما بالخلاف، نعم الحكم يفصل الخصومه بينهما.

هذا و قد استثنى القائلون بالمنع صورا من القضاء بالعلم فأفتوا

۱- ۱) سوره المائده:۴۹.

فیها بالجواز:

(منها) تزکیه الشهود و جرحهم. قلت: قد یقال بترتب الأثر هنا شرعا علی إقامه البینه للتعدیل و أنه لا یکفی علم القاضی بالعداله، و لکن یندفع هنا باستلزامه للدور أو التسلسل، علی أنه قد حکی الإجماع علی الجواز فی هذه المسأله.

(و منها) تعزیر من أساء الأدب فی مجلس القضاء و ان لم یعلم به غیر القاضی حتی لا تقل أبهه القضاء.

(و منها) الإقرار ففی مجلس القضاء و ان لم یسمعه غیر الحاکم.

أقول: أما نحن فی سعه من اقامه الدلیل علی الجواز فی هذه الموارد إذ المختار هو الجواز مطلقا، لکن علی من استثناها بیان ذلک (۱)) .

ص:۱۶۲

المسأله الثانيه

(حكم ما لو لم يعرف عداله البينه)

قال المحقق «قده» : «إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدلها. قال الشيخ رحمه اللّه: يجوز حبسه لقيام البينه بما ادعاه. و فيه اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينه حق يوجب العقوبه» .

أقول: فى المسأله قولان، و قد جعل بعضهم الخلاف فى المسأله مبينا على الخلاف فى أن العداله فى البينه شرط فما لم يحرز الشرط لا يعتبر بها فيكون قيام البينه غير المعلوم عدالتها كالعدم، أو أن فسقها مانع عن الحكم فيكفى فى ثبوت الحق بها عدم العلم بفسقها و مع الشك فيه فالأصل عدمه.

و قد يؤيد الأول بأن الأصل فى الأشخاص هو العداله حتى يثبت الخلاف، و بأن الأصل فى فعل المسلم هو الصحه فتحمل الشهاده على الصحه و يحكم على طبقها.

ص:۱۶۳

و فی ذلک کله نظر إذ لا یقتضی شیء من هذه الوجوه جواز حبسه و لا سیما فی حال استلزام ذلک بقائه فی السجن مده من الزمن فأما أصاله الصحه فهی تجری فی فعل المسلم لا بالنسبه إلی شخصه، و أما کون الأصل فی کل شخص مسلم هو العداله فلیس هذا أصلا عقلائیا یبنی العقلاء علیه أمورهم، و إجراء أصاله الإسلام بالنسبه الی من شک فی کونه مسلما فی بلد أکثر أهله مسلمون هو من باب الغلبه، و لیست العداله فی هذا الحد بین المسلمین.

فالحق-وفاقا للمشهور-عدم جواز حبسه قبل ثبوت الحق بل هو کذلک حتی علی القول بمانعیه الفسق، لانه و لو سلم تمامیه قاعده المقتضی و المانع لا یحصل القطع بالحق ما لم یقطع بعدم المانع، علی أن مقتضی القول بتمامیه القاعده فی المقام هو الحکم رأسا لا الحبس ریثما یثبت الحق.

و بالجمله فما لم تثبت عداله البینه لا یجوز الحبس.

ص:۱۶۴

المسأله الثالثه

اشاره

(هل للحاكم الثانى نقض حكم الأول)

قال المحقق «قده» : «لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر، فان كان الحكم موافقا للحق لزم و الا إبطه، و كذا كل حكم قضى به الأول و بان للثانى فيه الخطأ فإنه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثم تبين الخطأ.»

.

أقول: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه حتى يستوفى منه الحق ثم حضر الحاكم الثانى بعد موت الأول أو انعزاله مثلا، قال المحقق «قده» : ينظر الثانى فى حكم الأول، فإن كان الحكم موافقا للحق أمضاه و ألزمه بدفع المال، و ان وجده مخالفا للحق أبطله. و فى المسأله فروع كثيره.

حكم تجديد المرافعه:

فنقول: لا ريب فى أن حكم الحاكم نافذ بالنسبه إلى المحكوم

ص:۱۶۵

علیه فلا یجوز له بعد الحکم الإباء عن قبوله أو المطالبه بتجدید المرافعه عنده أو عند حاکم آخر لانه رد علیه و الراد علیه کالراد علی الامام علیه السلام.

و لا إشکال فی عدم جواز إلزام المحکوم له بالحضور عند حاکم آخر للترافع مره أخری، و لو رضی المحکوم له بذلک فقیل:

لا مانع من ذلک، و قیل: لا یجوز کذلک لعدم الأثر لرضا المحکوم له. و منشأ الخلاف هو هل یصدق الرد بذلک أو لا؟ و الأقوی هو القول الثانی لصدقه حینئذ، علی أنه لو جاز للزم التسلسل، نعم لو ادعی المحکوم علیه تقصیر الحاکم الأول فی الحکم أو فی بعض مقدماته کان له الترافع معه عند حاکم آخر.

هذا کله بالنسبه إلی المحکوم علیه.

حکم نظر الثانی فی حکم الأول:

و أما بالنسبه إلی الحاکم الثانی فقیل بوجوب النظر علیه فی حکم الأول، و قیل: لا یجب علیه ذلک، و قیل: بل لا یجوز.

و منشأ الخلاف هو الخلاف فی صدق الرد علی النظر کذلک، لکن الظاهر العدم، کما أن جریان أصاله الصحه فی حکم الحاکم الأول لا یقتضی حرمه النظر و السؤال عن الواقع فی ذلک المورد و لا دلیل علی وجوب العمل بهذا الأصل، فلو أوقع عقدا و شک فی صحته لم یمنع الاحتیاط بإجرائه مره أخری جریان أصاله الصحه فیه، فالظاهر جواز النظر فی الحکم و ان أمکن حمله علی الوجه الصحیح،

نعم لو استلزم النظر نقض حكم صحيح لم يجز له ذلك، و أما القول بالوجوب فمشكل جدا، لان الشك فى صحه حكم الحاكم الأول الواجد للشرائط لا يقتضى وجوب النظر كما لا يخفى.

و هل يجب على الحاكم الثانى النظر فى الأمور الجاريه فى البلد؟ الظاهر: لا إلا إذا طالبه أحد من الناس بالنظر فى قضيه، أو كانت له دعوى بالنسبه إلى الحاكم الأول فحينئذ يجب عليه النظر لفصل الخصومه.

أما قول المحقق «ينظر» فظاهره وجوب النظر، و به صرح فى الجواهر و قال فى المسالك بوجوب النظر فى صورتين إحداهما:

دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى حكمه، و الثانيه:

كون الغريم محبوسا و لم يفصل الأمر بعد.

أقول: ان كان النظر فى مورد لم تفصل الخصومه فيه فلا مانع منه بل هو واجب، و ان كان بعد تمام حكم الحاكم الأول لكن امتنع المحكوم عليه من أداء الحق فأمر بحبسه فلا وجه للقول بوجوب النظر و لا جوازه، لان المفروض تمام الحكم فالرد عليه غير جائز، لا سيما مع عدم دعوى المحكوم عليه تقصير الحاكم الأول فى الحكم. نعم على الحاكم الثانى حينئذ مراجعه الغريم، فان كان عنده ما يجب عليه أداؤه وجب عليه إجباره على الأداء من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و أما النظر فى الحكم فلا وجه له. و حمل عباره المحقق عليه غير صحيح، و لذا استشكل

فی الجواهر فی الفتوی بوجوبه، و حمل فی المسالک کلام المحقق علی مورد دعوی المحکوم علیه جور الحاکم الأول، و حمله فی الجواهر علی اراده النظر ان شاء. و فیه ان أدله حرمه النقض و إنفاذ الحکم تعم المورد الذی احتمل صدقه فیه فلا یجوز النظر، بل یحمل الحکم حینئذ علی الصحه. فظهر أنه لا بد من حمل عباره المحقق «قده» علی معنی آخر لا وجوب النظر، و ما ذکره الشهید الثانی هو الاولی.

بل لا یجوز النظر حتی مع تراضی الخصمین خلافا لصاحب الجواهر «قده» إذ لا وجه لذلک أیضا، مع صدق النقض و الرد علی هذا النظر، و حمل عباره المحقق علی هذا الوجه فی غیر محله، و لا ینافی ذلک ما ذکره الأصحاب فی آداب القضاء من نظر الحاکم الثانی فی المحبوسین، إذ لا منافاه بین استحباب النظر و عدم جواز تجدید الحکم بمعنی أن ینظر فی المحبوسین فمن وجده محبوسا بحکم حاکم ترکه فی الحبس.

نعم یجب تجدید النظر فی صوره دعوی المحکوم علیه کون حکم الحاکم الأول علی خلاف القواعد و الأحکام المقرره فی القضاء، فان کان حکمه عن تقصیر فهو ضامن، و ان کان عن قصور فضمانه من بیت المال.

فالحاصل: انه مع حکم الحاکم الأول و فصل الخصومه بحکمه و حبس المحکوم علیه لا یجوز تجدید النظر بمجرد امتناع المحکوم

ص:۱۶۸

عليه عن أداء الحق و ان رضى المحكوم له بذلك، و قد ظهر بما ذكرنا أنه لا مجال للقول بتجديد النظر الا فى صوره دعوى المحكوم عليه مخالفه الحاكم الأول لاحكام القضاء فى حكمه فإنها مورد البحث و الكلام، فقيل بلزوم النظر و ان أمكن حمله على الوجه الصحيح، و أنه ينفذ حكم الحاكم الثانى و ان استلزم النقض. أقول: ان استلزم نقض الحكم مع إمكان حمله على الوجه الصحيح فهو مشكل و الا وجب النظر إذ لا وجه لعدم سماعها حينئذ.

و أما التتبع لحكم الحاكم الأول و التفحص عن دليل حكمه للوقوف عليه و البحث عن صحته و عدم صحته من غير موجب لذلك فغير جائز الا أن يدعى بأن حكم الحاكم الأول بوحده لا يكفى للحمل على الصحه، فلو حكم على الغريم بأداء الحق و أخذه منه و أعطاه لمن له الحق فحينئذ لا يجوز النظر فيه، لانه نقض لحكمه أو لأنه ليس موردا للابتلاء، و أما مع صدور الحكم المجرد عن استيفاء الحق فالنظر واجب، لكون الحكم الأول ناقصا، فعند ما حضر الحاكم الثانى و أراد استيفاء الحق فلا بد من تجديد النظر فى أصل الحكم ليكون مسوغا لاستنقاذ الحق، لكن عباره المحقق تأبى الحمل على هذا المعنى فان ظاهرها تمام الحكم لا نقصانه.

و كيف كان فلا يشترط فى حكم الحاكم استيفاء الحق، بل الحكم بدونه تام، الا أن تقوم دعوى أخرى لأجل استيفاء الحق، فلو ادعى المحكوم عليه الإعسار سمعت دعواه و طولب بالبينه و أمهل حتى

اليسار كى يؤدى الحق، فظهر أن القول بالنظر فى هذه الصوره مشكل.

و أما لو ادعى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فى الحكم فهل يكون سماعها ردا على الحكم أو لا-؟ التحقيق: أنه ان كان المراد من الحكم الواجب إنفاذه و المحرم نقضه هو الحكم الصادر بحسب القواعد و الأدله الشرعيه، فكل حكم لا- يكون كذلك فليس حراما نقضه، فلا وجه لقول صاحب الجواهر «و ان اقتضى نقض الأول» و أما إذا صدق عليه النقض فلا مناص من الالتزام بتخصيص أدله سماع الدعوى لأدله نفوذ الحكم، فلا يجوز نقض الحكم إلا إذا كان عن جور أو تقصير.

و يكون المسوغ لأصل النظر فى الحكم مع وجود الأدله الإمره بحمله على الوجه الصحيح هو دعوى المحكوم عليه جور الحاكم الأول فإن ذلك يوجب النظر فى الحكم مع وجود الأصل المذكور لان هذا الأصل لا يقتضى عدم جواز النظر.

فتلخص: ان الحق وجوب النظر فى هذه الصوره و عليه يحمل عباره المحقق كما فى المسالك، و أما حمله على صوره تراضى الخصمين أو صوره صدور الحكم من الحاكم الأول من غير استنقاذ للحق كما فى الجواهر فغير صحيح كما تقدم، و قد عدل هو «قده» عن ذلك أيضا و حمله على اراده النظر ان شاء و قد تقدم ما فيه أيضا.

ص:١٧٠

متی یجوز النقض؟

و کیف کـان فمع جواز النظر یجوز نقض الحکم بالـدلیل الاجتهـادی المعتبر، و لاـ یختص جواز النقض بصوره مخـالفه الحـاکم الأول للإجماع أو الدلیل المعتبر کالخبر المتواتر. و بعباره أخری:

ان کـان الحکم الأول طبق الموازین الشـرعیه فلا یجوز نقضه سواء بالقطع النظری أو غیره من الأدله المعتبره أو الظن الاجتهادی، و أمـا إذا کـان الحـاکم الأـول مقصـرا فی اجتهاده أو قـد حکم غافلا عن دلیل معتبر فی المسأله فأخطأ علی أثر ذلک فی الحکم جاز نقض الثانی حکمه سواء کان عن قطع أو غیره.

و الأوضـح أن یقـال: ان أمکن للحاکم الثانی أن یعـذر الأول فی حکمه-و ان کان مخالفا له فی الرأی-فلا یجوز نقضه، و ان لم یمکنه ذلک نقضه بلا اشکال، بل ان هذا لیس نقضا فی الحقیقه و انما یکون تنبیها علی الخطأ فی الحکم.

و لا فرق فی هذا بین العقود و الإیقاعات و غیرها حتی الأحکام الوضعیه کالطهاره و النجاسه و نحوهما. و لا بین حق اللّه سبحانه و حق الناس.

و أما دعوی الإجماع من بعضـهم علی عـدم جواز نقض الحکم الناشـئ عن اجتهاد صـحیح باجتهاد کـذلک، و انما یجوز نقضـه بالقطعی من إجماع أو سـنه متواتره أو نحوهما. فمندفعه أو لا بأنه إجماع منقول و ثانیا: بأن المفروض بطلان ذاک الاجتهاد عنده بعد تبدل رأیه أو عند الحاکم الثانی، فلا یکون حجه حینئذ و لا یصدق

فی صحه البیع و عدمها و ترافعا الی مجتهد کان مذهبه عدم نجاسته و صحه البیع فحکم بصحته لزم علی المشتری العمل بحکمه و جاز له التصرف فی ذلک المائع، ففی هذا المورد بالخصوص یعمل بمقتضی الطهاره و یبنی علیها و ینقض الفتوی بالنسبه إلیه بذلک الحکم.

و أما بالنسبه إلی سائر الموارد فیعمل علی طبق مذهبه و هو القول بالنجاسه، و حتی أنه إذا لاقی ذلک المائع بعد حکم الحاکم بالطهاره عرق الجنب من الحرام مره أخری یبقی علی ذلک ما لم یقع نزاع و لم یرجع الی الحاکم.

و حیث حکم بطهاره هذا المائع فلو لاقاه مائع آخر فهل یحکم بطهاره الملاقی کذلک أو لا؟ ان کان النزاع فی صحه البیع و بطلانه فحکم الحاکم بصحه البیع دون طهاره المائع فقیل فی هذه الصوره یحکم بصحه البیع و طهاره المائع الأول دون الملاقی.

و ان کان النزاع فی نفس الطهاره و النجاسه فمع الحکم بالطهاره یترتب جمیع آثار الطهاره علیه.

و سیجیء تتمه لهذا الفرع ان شاء اللّه تعالی.

و بالجمله فإن الحکم ینقض الفتوی من غیر فرق بین أن یکون الحکم فی العقود و الإیقاعات و الأحکام الوضعیه، فیجب تنفیذ الحکم مطلقا الا فی صوره القطع بمخالفته للواقع.

و أما انتقاض الفتوی بالفتوی فالظاهر ذلک، فلو عقد بنتا لمن ارتضع معها عشر رضعات، ثم تبدل رأیه فی المسأله و اختار القول

بنشر هذا العدد الحرمه قال فی الجواهر ببقاء الزوجیه، و هو مشكل لانه بناء علی الطریقیه فقد انكشف الخلاف و ظهر له بطلان هذا العقد من أصله، و بناء علی السببیه حیث یحكم باستمرار الحكم ففیه أنه مع كشف الخلاف ینكشف له عدم تحقق علقه الزوجیه بینهما، فالعقد باطل من أصله فكیف یستمر الحكم؟ و كذا الكلام فی ثوب غسل بماء أفتی بطهارته سابقا ثم تبدل رأیه و أفتی بنجاسته الان، فإنه یجب علیه تطهیر الثوب الان و الا لم تصح الصلاه فیه. و تفریق صاحب الجواهر بین النكاح حیث اختار فیه العدم و بین الثوب حیث اختار فیه النقض. غیر واضح و ان ادعی فی منیه الطالب الإجماع علی عدم النقض و تمسك فی الجواهر بالسیره، لأنه لو تم ذلك كان لازمه رفع الید عن الحكم الواقعی فی ذاك المورد و نظائره، و قد ذكرنا فی الحاشیه علی العروه فی مسأله عدول المجتهد عن فتواه أن الأحوط أن یرتب المقلد ما أمكنه من آثار الفتوی اللاحقه الا أن یدعی العسر و الحرج. و فیها اشكال آخر، فان الحرج یرفع التكلیف و لكنه لا یغیر الحكم الشرعی.

بم یتحقق الحكم؟

و هل یشترط فی وجوب امتثال الحكم كونه صادرا فی مورد نزاع و تخاصم؟ لا إشكال فی صدق الحكم ان كان فی مورد النزاع كما لا إشكال فی نفوذ الحكم الصادر فی غیر المورد المذكور كالهلال-مثلا-، و أما إذا حكم فی مورد نزاع قبل التحاكم إلیه

ففی نفوذه إشكال، الا أن یقال بأن نفوذ حكمه هو من جهه كونه منصوبا من قبل الامام علیه السلام و أنه كما ینفذ حكم الامام من غیر تخاصم فهو كذلك، و لكن فی صدور مثل هذا الحكم من الامام تأمل، علی أن المعروف كون الحكم بعد التحاكم.

و لا إشكال فی تحقق الحكم بلفظ «حكمت» و «أنفذت» و نحوهما كقوله: «ادفع الیه ماله» بقصد الإنشاء. و هل یتحقق بقوله: ثبت عندی؟ الظاهر: العدم و لذا یمكنه نقضه بعدئذ.

و هل یتحقق الحكم بالفعل كأن یعطی الشیء لمستحقه بعد ثبوت الحق بقصد الحكم؟ فیه اشكال، للشك فی شمول الإطلاقات له. و القدر المتیقن من الحكم كل لفظ ظاهر فی إنشاء الحكم فلا یكفی الفعل و الكتابه و نحوهما.

هل یجب علی المجتهد الاعلام بتغیر رأیه؟

هذا و مع تغیر رأی المجتهد یجب علیه اعلام مقلدیه بذلك؟ أقول: أما بالنسبه إلی المجتهد فإنه مع تغیر رأیه-بحیث یكون الرأی الثانی مقتضیا لفساد الأول من الان-علی الأقل-یجب الإعلام لأمرین أحدهما: ان لازم تغیر رأیه كذلك بطلان عمل مقلدیه بالرأی السابق، و الأخر: وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنكر و إرشاد الجاهل، فبناء علی هاتین المقدمتین یجب علی المجتهد اعلام مقلدیه بتغیر رأیه.

و أما مع العدول لدلیل ظنی لا یقتضی فساد الاجتهاد الأول فقیل:

لا ـ یجب الاعلام، و هو مشکل، لانه بعد حصول الظن المعتبر عنده علی خلاف الرأی السابق لا یبقی له ظن بذلک الرأی بل ینقلب الی الشک، فالحق أنه لا فرق بین العدول بدلیل قطعی أو بدلیل ظنی فان کلا منهما یرفع طریقیه الظن السابق و یوجب سقوطه عن التأثیر و دعوی القطع بعدم وجوب الاعلام غیر واضحه، و التمسک بسیره العلماء و اختلاف فتاواهم فی الکتاب الواحد یتوقف تمامیته علی استمرارها و اتصالها بزمن المعصوم علیه السلام.

و أما بالنسبه إلی المقلد فان المقلد إذا لم یعلم بتغیر رأی المجتهد یعمل بالفتوی التی تعلمها، فان لم یطابق الواقع فهو معذور و غیر آثم، و معه فلا یجب علی المجتهد الاعلام إذ لا موضوع للنهی عن المنکر و الأمر بالمعروف بالنسبه الیه، و ان کان شاکا فی تغیر رأی مقلده کان له استصحاب بقاء الرأی السابق، أو استصحاب عدم تغیره، و حینئذ فلا أثم علیه فلا موضوع للنهی عن المنکر و الأمر بالمعروف بالنسبه إلیه کذلک، و ان علم بتغیر الرأی وجب علیه العمل بالرأی اللاحق.

و أما مع ترک التفحص و العمل بالفتوی السابقه و قد کان الرأی متغیرا فی الواقع، فإن أفتی المجتهد بصحه عمله فهو، و الا فقد قیل یجریان الاستصحاب هنا، و توضیحه: إذا تیقن سابقا بأن الواجب فی الصلاه ثلاث تسبیحات ثم شک فی صحه هذا الیقین کان مقتضی دلیل الاستصحاب العمل علی طبق الیقین السابق، و هنا المقلد متیقن من صحه صلاته-مثلا-و مع الشک فی صحه یقینه بالصحه یستصحب.

ص:۱۷۶

قال: فان تم استفاده هذا المعنى من دليل الاستصحاب كانت صلاته بدلا عن الواقع. و أما على قول جماعه من بعد استفاده هذا المعنى من الدليل فلا سبيل الى تصحيحها الا ما تقدم من أن الاجتهاد اللاحق لا يوجب بطلان الاجتهاد السابق فلا يجب الاعلام، و أعمال المقلد صحيحه لأن كلا من الرأيين مستند الى دليل ظنى.

و عن المحقق القمى «قده» ان المقلد ان عمل بلا تقليد ثم ظهر مطابقته لرأى مجتهد صح عمله، لكن فى العروه: عمل الجاهل المقصر الملتفت باطل و ان كان مطابقا للواقع، و قد ذكرنا فى التعليقه ان هذا ان كان عباديا و لم تتمش منه القربه (1) ، و أما التوصلى فصحيح، و أما إذا اتفق مطابقته للواقع و تمشى منه قصد القربه فلا تحب الإعاده.

و عنه «قده» : ان طابق العمل فتوى المجتهد و شك فى مطابقه الفتوى للواقع فيحمل على الصحه بعد العمل. قلت: الحمل على الصحه «بعد العمل» له صور:

۱-أن يشك بعد العمل، كأن يشك بعد الفراغ من الوضوء فى تحريك خاتمه مثلا، فهنا يحمل على الصحه عند الكل.

۲-أن يعلم-فى المثال المذكور-بعدم تحريكه للخاتم فى حال الوضوء لكن يحتمل نفوذ الماء الى تحته. و هذه الصوره خلافيه.

۱- ۱) أنظر: العروه الوثقى، المسأله ۱۶ من مسائل التقليد.

۳-أن يعلم بعـدم التحريک و عـدم النفوذ معا، فلو أن مجتهدا أفتی بعدم إخلال ذلک فی صـحه الوضوء و شک فی مطابقه هذه الفتوی للواقع فهل يحمل الوضوء علی الصحه الواقعيه؟ مقتضی کلام القمی:

نعم. و هو مشکل جدا.

کالإشـکال فيما قـد يقال بصـحه العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعاه علی خلاف الاجتهاد أو التقليد و کان موافقا لأحد الآراء فی المسـأله، بـل الأصـل فی العقود هو الفسـاد. هـذا فی صوره الاحتمال و أما مع وجود الطريق عنـده الی بطلان هـذا العقـد فلا يحکم بصحته بالأولويه:

و أما لو أتی بالاعمال مده من الزمن من غير تقليد، فإنه بعد الالتفات الی وجوب التقليد يجب عليه ذلک، ثم ان کل ما طابق من أعمـاله السابقه فتوی المجتهـد الـذی يريـد تقليـده فصـحيح، لان فتوی المجتهـد تکون طريقا الی الواقع، و الا فإن أمکن الحکم بصحتها علی بعض القواعد فهو و الا لزمته الإعاده.

و لو أوقعا العقد و تنازعا فی صحته تبعا لفتوی مقلديهما وجب الرجوع الی حاکم ثالث و حکمه نافذ فی حقهما.

و الحاصل فی مسأله الاعلام بتغير الرأی: أنه ان کان المجتهـد يری صـحه إعمال المقلد حسب الفتوی السابقه فلا يجب الاعلام، و أما مع القطع ببطلانها فيجب. قال فی الجواهر: «بل الظاهر اتحاد الحکم و الفتوی فی ذلک» يعنی: انه ينکشف له بطلان الحکم

من حينه لا أنه ينقضه الان.

و المقلد إذا شک فی تغیر رأی المجتهد استصحب و کان عمله صحیحا، و المراد من الصحه أنه ان طابق الواقع فهو و ان کان علی خلافه کان معذورا و قد أدرک مصلحه العمل بالحکم الظاهری بناء علی الاجزاء، و لیس المراد من الصحه هو صحه عمله سواء طابق أو لا. و إذا کان الأمر کذلک لم یجب علی المجتهد اعلامه بتغیر رأیه.

نعم یمکن أن یقال بأنه حینئذ یفوّت المصلحه علی المقلد.

الا أنه قد یجاب بأن ذلک غیر معلوم. لکن قد یقال: هل یجوز للمجتهد السکوت فی مقابل اجراء المقلد هذا الاستصحاب الذی لا یراه المجتهد مطابقا للواقع؟ الأقوی: انه لا یجوز له السکوت، لانه هو السبب فی وقوع المقلد فی خلاف الواقع (و أما إذا لم یکن السبب فلا یجب الاعلام و المنع عن اجراء الاستصحاب إلا فی الدماء و الفروج لاهمیتها) فیجب علیه الاعلام من هذه الجهه لا من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر.

و کذا الأمر فی صوره تیقن المقلد بعدم تغیر فتوی مقلده و کون عمله طبق الفتوی السابقه مع تغیرها فی الواقع، فهنا جهل مرکب و لا حکم ظاهری فإن الأقوی حینئذ وجوب الاعلام و ان طابق العمل فتوی من یجوز تقلیده، لان هذا المجتهد لما تغیر رأیه فقد قام عنده الدلیل علی بطلان تلک الاعمال.

و أما ما عن القمی من صحه عمله لو کان بلا تقلید عن تقصیر فوافق فتوی من یجوز تقلیده، فمبنی علی ما ذکروا فی الأصول من أنه إذا قامت حجه و کان عمل الشخص بلا التفات إلیها ثم صادف العمل تلک الحجه صح عمله و جاز للعبد الاحتجاج بتلک الحجه و ان کان حین عمله جاهلا بها، لکن فیه نظر. نعم مطابقه العمل للواقع اتفاقا تکفی لصحه العمل، أما مطابقته للحجه التی لا یعلمها لا توجب صحه العمل عقلا، بل العقل یجوّز مؤاخذه المولی للعبد فی مثل المورد.

ثم انه لو کان کل من الصحیح و الفاسد معلوما ثم شک فی صحه عمله جرت أصاله الصحه، و أما مع الجهل بالصحیح فلا أصل لیتمسک به.

ص:۱۸۰

المسأله الرابعه

(فی تتبع الحاکم حکم من قبله)

قال المحقق «قده» : «لیس علی الحاکم الثانی تتبع حکم من کان قبله» .

أقول: لیس علی الحاکم الثانی تتبع حکم الأول حملا لذلک الحکم علی الصحه، و ان جاز له ذلک سواء طلب المحکوم علیه ذلک أو لا ـ للأصل. و أشکل فی الجواز بأن التتبع قد یظهر خطأ الحاکم الأول، فعلیه ترک التتبع لئلا یؤدی الی ذلک و حمل الحکم علی الصحه و إنفاذه، نعم إذا طولب بالحکم فی المسأله کان علیه الفحص و التتبع. و فیه: ان العثور علی خطأ الحاکم الأول لا یوجب القدح فیه البته حتی لا یجوز، إذ لا یسلم من الخطأ الا أهل العصمه علیهم الصلاه و السلام.

نعم لو علم بأن تفحصه سیؤدی إلی العلم بفسق الحاکم الأول لم یجز له التتبع إلا إذا توقف علیه إحقاق حق أو إنجاء نفس

محترمه مثلا.

و بـالجمله فإن النظر فى حكم الأول يحتاج الى مسوغ كأن يطلب المحكوم عليه ذلك أو يتوقف عليه إحقاق حق أو إنجاء نفس محترمه أو نحو ذلك، و العثور على الخطأ ليس بقادح.

و قـد حمـل فى الجواهر قول بعضـهم بلزوم النظر على الثـانى على صوره عـدم تمـام حكم الحـاكم الأول أو تراضـى الخصـمين بتجديد النظر.

نعم لو علم الثانى بفساد حكم الأول وجب عليه التتبع سواء كان من حقوق اللّه تعالى أو حقوق الناس، و قيل: لو رضى المحكوم له بذلك فى حقوق الناس.

قال المحقق: «لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لزمه النظر» .

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، و أوضـحه بقوله: لأنها دعوى لا دليل على عدم سـماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «البينه على المدعى» و غيره.

أقول: و أى دلاله لهذا الحديث على وجوب استماع الدعوى و النظر؟ فالصحيح التمسك بأدله وجوب القضاء.

فان قيل: لعل وجه الدلاله أنه لما يدعى على الأول الحكم بالجور فان الحاكم الثانى يطالبه بالبينه و ينظر فى القضيه، فنقول

ان الأمر الاجتهادی و الحکم الشرعی لیس من الأمور التی تقام البینه علیها، بل یجب علیه النظر فی حکم الأول و أدلته-عند دعوی الجور-ثم الحکم فی القضیه عن علم.

فظهر أن مورد النظر فی حکم الأول دعوی المحکوم علیه حکمه بالجور أو علم الثانی بفساد حکمه، و من هنا قال المحقق:

«و کذا لو ثبت عنده ما یبطل حکم الأول أبطله سواء (۱)) کان من حقوق اللّه تعالی أو حقوق الناس» .

و قیل: ان الحاکم المنصوب من قبل الامام علیه السلام خصوصا أو عموما له الولایه علی الناس و حکمه نافذ، فکما لا تسمع دعوی المولی علیه علی ولیه لا تسمع دعوی المحکوم علیه علی الحاکم.

هذا ما قاله بعضهم و لذا حمل کلام المحقق علی صوره کون الحاکم الأول معزولا-و لا ولایه له علی المحکوم علیه حین الدعوی.

لکن فیه: ان النظر فی حکم الأول فی صوره العلم بفساده أو دعوی المحکوم علیه الجور لیس نقضا لحکمه وردا علیه، و هو و ان کان له الولایه الا-أنه قد ولی لأن یحکم بالحق و مع الجور فی الحکم أو العلم بفساده فلا مانع من النظر فیه، و المولی علیه ان علم

بفساد عمل من أعمال وليه المتعلقه بأموره يجوز له الرد عليه، فلو عقد له امرأه و ظهر له فساد العقد لم يقبل هذه الزوجيه، لأنه كان وليا عليه لان يوقع عقدا صحيحا و حيث لم يكن عقده كذلك لم يكن عليه القبول، و ترتب الأثر على رده عند ما يكون متمكنا منه.

ص:١٨٤

المسأله الخامسه

(فی دعوی أن المعزول حکم علیه بشهاده فاسقین)

قال المحقق: «إذا ادعی رجل أن المعزول قضی علیه بشهاده فاسقین وجب إحضاره و ان لم یقم المدعی بینه، فان حضر و اعترف ألزم» .

أقول: إذا ادعی أن له عند الحاکم المعزول حقا من دین و نحوه أو قال: ارتشی منی، وجب إحضاره للفصل بینهما بحسب الموازین الشرعیه کغیرها من الدعاوی.

و ان ادعی أنه قضی علیه بشهاده فاسقین عنده و عادلین عند الحاکم لم یکن علی الحاکم شیء، لان المفروض حکمه بشهاده شاهدین عادلین، فان جاء المدعی بالبینه لجرحهما فهو و الا فلا تسمع دعواه.

و ان ادعی أنه قد حکم علیه بالجور لانه قد حکم بشهاده فاسقین عنده أیضا ففی هذه الصوره قال المحقق: یجب علی الحاکم إحضار الحاکم الأول و ان لم یقم المدعی البینه، ثم بعد إحضاره یطالب

ص:185

المـدعی بـالبینه، فإن أقامها فهو و الا فإن اعترف الحاکم الأول بما یـدعیه المـدعی ألزم، و ما قطع به «قـده» هو مـذهب الأکثر. و قیل:

لا یحضر الحاکم الا أن یذکر المدعی أن له بینه بذلک.

و علی تقـدیر إحضاره-سواء قلنا بجوازه مطلقا أو بعد ذکر المدعی وجود البینه-فإن أقام المدعی البینه حکم الحاکم فی القضـیه بحسب الموازین الشرعیه، و ان اعترف الحاکم ألزم، و ان قال:

ما حکمت علیک بشـهاده فاسـقین کان منکرا و الخصم هو المـدعی «و ان قال: لم أحکم إلا بشـهاده عادلین قال الشـیخ: یکلف البینه لأنه اعترف بنقل المال و هو یدعی بما یزیل الضمان عنه» و یکون خصمه المنکر، فإن أقام البینه فهو و الا حلف الخصم.

قال المحقق: «و یشـکل بما أن الظاهر استظهار الحکام فی أحکامهم فیکون القول قوله مع یمینه لأنه یدعی الظاهر» و هذا مذهب الأکثر، فعلی من ادعی خلاف الظاهر-و هو الخصم- إقامه البینه علی دعواه کما هی القاعده المقرره فی نظائر المسأله.

و مورد البحث فی هـذه المسأله هو الحاکم المنصوب من قبل الامام علیه السـلام فی زمن الحضور و المعزول من قبله، و أما قبل العزل فلا تسمع دعوی المولی علیه، و به صرح فخر المحققین فی شرح القواعد، و من هنا قید المحقق ب «المعزول» (۱)) .

ص:۱۸۶

المسأله السادسه

(فی تعدد و عداله مترجم الحاکم)

قال المحقق «قده» : «إذا افتقر الحاکم الی مترجم لم یقبل الا شاهدان عادلان و لا یقنع بالواحد عملا بالمتفق علیه» .

أقول: إذا افتقر الحاکم الی المترجم، فقد حکی الإجماع علی اشتراط کون المترجم بالغا عادلا ـ و ان کانت السیره قائمه علی القبول و ترتیب الأثر مع الوثوق و الاطمئنان و ان لم یکن المترجم بالغا عاقلا، فالناس فی حوائجهم الشخصیه یکتفون بالطریقه النوعیه لکلام المترجم و لا یشترطون فیه ذلک.

انما الکلام فی التعدد فهل یکفی المترجم الواحد البالغ العاقل أو لا بد من التعدد؟ فهل هو کالبینه حیث یشترط التعدد أو کخبر الواحد فیکفی الواحد؟ ان کانت الترجمه شهاده فلا بد من التعدد لقوله تعالی:

ص:۱۸۹

«وَ أَشْـهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکَمْ» (۱)) و ان کانت اخبارا أمکن القول بکفایه الواحـد بناء علی شـمول أدله حجیه خبر الواحد لجمیع الإخبارات، قال المحقق بلزوم التعـدد لانه القـدر المتیقن من الحجه، و کأنه «قده» غیر جازم بکون الترجمه خبرا أو شـهاده، إذ لو کان جازما بکونه خبرا لأفتی بکفایه الواحـد، و ان کان جازما بکونه شـهاده لأفتی بالتعدد، فلم یجزم بأحد الوجهین و أفتی بعدم قبول الواحـد من باب الأخـذ بالقـدر المتیقن لعـدم وجود إطلاق أو أصل یقتضـی عـدم لزوم التعدد مع الشک فی حجیه ترجمه الواحد.

و قیل: الروایه خبر و الشهاده خبر و لکن اشترط فی حجیه الثانی أن یکون المخبر متعددا، فأدله حجیه خبر الواحد تقتضی حجیته إلاـ فی مورد الشـهاده حیث قـام الـدلیل علی لزوم التعـدد، و مع الشک فی کون الترجمه شـهاده یتمسک بعموم أدله حجیه خبر الواحد أخذا بالقدر المتیقن من الدلیل المخصص المجمل (۲)) .

۱- ۱) سوره الطلاق:۲.

۲- ۲) و یمکن تـوجیه هـذا القول بـأن عمـده الأـدله علی حجیه خـبر الواحـد هی السـیره و هی قـائمه علی اعتبـار خـبر الثقه فی الاحکام و الموضوعات علی السواء، و لما کان اعتبار السـیره متوقفا علی عدم ردع الشارع، فإنه فی کل مورد قام الدلیل الشرعی علی اشتراط التعـدد کان ذاک الـدلیل رادعا فی ذاک المورد، و حیث لم یرد نص فی اعتبار التعدد فی خصوص الترجمه لیکون رادعا عن السیره

و أجاب فی الجواهر بأن الشهاده غیر الخبر عند العرف، فهما مفهومان متباینان و لیست الشهاده خبرا مقیدا بتعدد المخبر حتی یقال فیه ذلک. هذا أولا.

و ثانیا: ان عمده الأدله لحجیه خبر الواحد هو السیره، و هو دلیل لبی یؤخذ منه بالقدر المتیقن و هو غیر الترجمه.

فإن قیل: ان آیه النبإ (۱)) مطلقه و مفهومها عدم وجوب التبین عند اخبار العادل، و المترجم العادل یخبر فلا یشترط فیه التعدد. و أجاب فی الجواهر: بأن التبین غیر واجب، و لکن التعدد أمر آخر لا تنفیه الآیه، و لا منافاه بین عدم وجوب التبین و لزوم تعدد المخبر لدلیل خاص.

و أیضا: آیه النبإ وارده فی مورد موضوع خاص یحتاج إلی البینه.

و أیضا: آیه النبإ یمکن أن نقول بأنها لیست فی مقام وجوب العمل بخبر العادل، بل هی فی مقام بیان عدم جواز ترتیب الأثر و التعویل علی قول الفاسق، و بعباره أخری: ینکر أن یکون للایه مفهوم.

ص:۱۹۱

و الحاصل: انه لا إطلاق للايه الكريمه.

و الاولی أن نقول: ان لم تكن الترجمه فی مورد الحکم و مقام الترافع-نظیر الواعظ الذی یقرأ الروایه علی المنبر و یترجمها- کفی الواحد، و السیره قائمه علی قبول هذه الترجمه، بل الترجمه فی هذه الحاله نظیر الرجوع الی أهل الخبره عرفا، و ان کانت فی مورد الحکم و توقف القضاء علیها اشترط فیه التعدد. و بالجمله:

ان کلیهما اخبار غیر أنه فی مورد الترافع شهاده فیعتبر التعدد و فی مورد غیره اخبار، و حیث تکون الترجمه للشهاده فی مورد الترافع فإنها تکون شهاده علی الشهاده، و علیه ففی الشهاده علی الزنا حیث یشترط أن یکون الشهود أربعه یکفی أن یکون المترجم اثنین.

و کذا فی مورد لا یسمع الحاکم الشهاده، فمع الحاجه الی مسمع الحاکم یکفی الاثنان و ان لزم أن یکون الشهود أربعه.

ص:۱۹۲

المسأله السابعه

(فی شرائط کاتب القاضی)

قال المحقق «قده» : «إذا اتخذ القاضی کاتبا وجب أن یکون بالغا عاقلا مسلما عدلا بصیرا لیؤمن انخداعه، و ان کان مع ذلک فقیها کان حسنا» .

أقول: و یشترط أن یکون مع ذلک مؤمنا. و قد قال المحقق:

«إذا اتخذ» لکن فی المسالک: ینبغی للحاکم أن یتخذ کاتبا لمسیس الحاجه الی کتب المحاضرات و السجلات و الکتب الحکمیه، و الحاکم لا یتفرغ لها غالبا، و من المشهور أنه کان لرسول اللّه «ص» کتاب و کذا لغیره من الخلفاء. و ذکر فی المسالک أوصافا أخری اشترطها فی الکاتب استحبابا حیث قال: و یستحب أن یکون مع ذلک وافر العقل، عفیفا عن المطامع الفاسده، لکیلا یخدع من غیره بمال و غیره، و أن یکون فقیها لا یؤتی من جهل. و أن یکون جید الخط ضابطا للحروف لئلا یقع فی الغلط و الاشتباه.

ص:١٩٣

و عن بعض العامه: ان الکتابه هی للتذکر فلا یشترط فی الکاتب وجود شیء من هذه الأوصاف بل یجوز أن یکون غیر مسلم و لا عادل.

أقول: یحتاج الی هذه الأوصاف فی الکاتب حتی علی القول بعدم الاعتبار للقرطاس، و ذلک من جهات أخری کاشتمال المکاتبات علی أمور یجب أن یکون کاتبها مسلما عدلا لکی یتمکن من استئمانه علیها و یحصل الاطمئنان بها.

ص:۱۹۴

المسأله الثامنه

اشاره

(فروع حول عداله الشاهدين)

قال المحقق: «الحاكم ان عرف عداله الشاهدين حكم و ان عرف فسقهما اطرح و ان جهل الأمرين بحث عنهما» .

بحث الحاكم عن عداله الشاهدين:

أقول: إذا طرح المدعى دعواه و طالبه الحاكم بإقامه البينه فإن عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم و لا حاجه الى التزكيه، و ان عرف فسقهما أطرح الدعوى، لما تقدم من أن للحاكم أن يحكم بعلمه، و ان جهل حال الشاهدين بحث عنهما بنفسه-إذا لم يوجد هناك شاهدان عادلان يزكيانهما-فعن تفسير الإمام العسكرى عليه السلام عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم إذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى: أ لك حجه؟ فان أقام بينه يرضاها و يعرفها أنفذ الحكم على المدعى عليه و ان لم يكن له بينه حلف المدعى عليه باللّه ما لهذا قبله ذلك الذى

ص:١٩٥

ادعاه و لا شـیء منه. و إذا جاء بشـهود لا یعرفهم بخیر و لا شـر قال للشـهود: أین قبائلکما؟ فیصـفان، أین سوقکما، فیصفان، أین منزلکمـا؟ فیصـفان. ثم یقیم الخصوم و الشـهود بین یـدیه ثم یأمر فیکتب أسامی المـدعی و المـدعی علیه و الشـهود و یصف ما شهـدوا به، ثم یـدفع ذلک الی رجل من أصـحابه الخیار، ثم مثل ذلک الی رجل آخر من خیار أصـحابه، ثم یقول: لیـذهب کل واحـد منکما من حیث لا یشـعر الأخر إلی قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذی ینزلانه فیسأل عنهما، فیذهبان و یسألان، فإن أتوا خیرا و ذکروا فضـلا رجعوا الی رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم فأخبراه، أحضر القوم الذی أثنوا علیهما و أحضر الشـهود، فقال للقوم المثنین علیهما: هـذا فلان ابن فلان، و هـذا فلان ابن فلان أ تعرفونهما؟ فیقولون: نعم، فیقول: ان فلانا و فلانا جاءنی عنکم فیما بیننا بجمیل و ذکر صالح إنکما قالا، فان قالوا: نعم، قضـی حینئذ بشـهادتهما علی المدعی علیه، فان رجعا بخبر سیئ و ثناء قبیـح دعا بهم، فیقول: أ تعرفون فلانا و فلانا؟ فیقولون: نعم. فیقول: اقعـدوا حتی یحضـرا فیقعـدون فیحضـرهما فیقول للقوم: أ هما هما؟ فیقولون: نعم، فإذا ثبت عنـده ذلک لم یهتک سـرا بشاهـدین و لا عابهما و لا وبخهما، و لکن یـدعو الخصوم الی الصـلح، فلا یزال بهم حتی یصـطلحوا لئلا یفتضـح الشـهود و یستر علیهم، و کـان رؤوفـا رحیمـا عطوفـا علی أمته، فإن کان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا یعرفون و لا قبیله لهما و لا سوق و لا دار،

ص:۱۹۶

أقبل على المـدعى عليه فقال: ما تقول فيهما؟ فان قال ما عرفنا الا خيرا غير أنهما قـد غلطا فيما شـهدا على أنفـذ شـهادتهما، و ان جرحهما و طعن عليهما أصلح بين الخصم و خصمه و أحلف المدعى عليه و قطع الخصومه بينهما» (۱)) .

قال: «و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما. و قال فى الخلاف: يحكم و به روايه شاذه» .

أقول: لو جهل الحاكم إسـلام الشاهـدين أو عدالتهما من جهه الشك فى إسـلامهما فلا خلاف فى وجوب التوقف عن الحكم و التفحص عن حالهما، و كـذا لو عرف إسـلامهما و جهل عـدالتهما عند المشـهور لان الواجب على الحاكم أن يحكم بالحق عند التخاصم اليه، و من شـرائط الحكم بالحق عـداله الشاهـدين فى مورد قيام البينه، فمع الجهل بها لا يكون الحكم بالحق، و مذهب المشهور أن العداله أمر زائد على الإسلام بل الايمان أيضا، و استدلوا لذلك بقوله تعالى:

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» (۲)) فإنه ظاهر فى أن العداله وصف زائد على الإسلام، إذ لو كان الإسلام كافيا لما قيد بالعداله مع وجود كلمه «منكم» ، و هـذه الآـيه المبـاركه تقيـد الآيه الأخرى «وَ اِسْتَشْـهِدُوا شَـهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ» (۳)) بـالمنطوق أو بمفهوم الوصف، و الظاهر

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۴ و ليصحح النص على التفسير.

۲- ۲) سوره الطلاق:۲.

۳- ۳) سوره البقره:۲۸۲.

من الآیه-لکونها فی مورد الشهاده-بیان الحکم الوضعی، أی:

ان شرط قبول الحکم موقوف علی کون البینه عادله.

و عن الشیخ فی الخلاف و المفید و ابن الجنید عدم وجوب الفحص عن عداله الشاهدین مع العلم بإسلامهما، قالوا: و الآیتان تدلان علی قبول شهاده المسلم و التقیید المذکور غیر تام لعدم حجیه مفهوم الوصف، و قال تعالی «إِنْ جاءَکُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا.» (۱) و هو ظاهر فی أن وجوب التبین مشروط بالعلم بالفسق، فمع الشک فی کونه فاسقا لا وجوب للفحص و التبین.

أقول: انا لو سلمنا ما ذکروا بالنسبه إلی الآیتین فان هذه الآیه الثالثه الداله علی عدم قبول قول الفاسق تقیدهما، فیکون الحاصل:

استشهدوا شهیدین غیر فاسقین من رجالکم، فإن أرادوا التمسک بإطلاق الآیتین کان من التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه.

و حیث أن الدلیل الدال علی اشتراط العداله لا یوضح معنی العداله کان للقائل بعدم وجوب الفحص و التحقیق عن حال الشاهدین المسلمین أن یقول بأن الإسلام عداله، لکنا نقول: لا إشکال فی أن أحکام الإسلام مبنیه علی العداله، و أن من کان مسلما واقعا کان عادلا لأنه یأتی بجمیع الاحکام و یطیعها فعلا و ترکا، فإن أرادوا من قولهم:

«الإسلام عداله» هذا المعنی فهو صحیح، و ان أرادوا من «الإسلام» مجرد التفوه بالشهادتین، فإن أثر التفوه بالشهادتین-کما فی الروایات- هو أن له ما للمسلمین و علیه ما علی المسلمین، و هذا أمر تعبدی

۱- ۱) سوره الحجرات:۶.

لا يفيد العداله كما هو واضح.

نعم قيل: ان الأصل فى المسلم أن يكون عادلا، لان الاعتقاد ان كان كاملا جاء العمل بالأحكام قهرا، فلا يعصى هذا المسلم ربه الا نادرا، و حينئذ فمع الشك فى عداله مسلم أخذ بالأصل المذكور و حكم بعدالته من باب أن الظن يلحق الشىء بالأعم الأغلب، و هذا الأصل يبتنى على القول بأن الإسلام غير العداله و أن العداله ملكه أو أنها فعل الواجبات و ترك المحرمات، أو كفايه حسن الظاهر.

و لكن الحق أنه مع وجود الدواعى الكثيره المختلفه إلى المعصيه لا غلبه حتى يلحق بها، بل قد يكون الأصل و الغالب فى بعض الأزمنه هو الفساد و به روايه (١)) و كذلك زماننا.

قال فى المسالك بالنسبه إلى مذهب الشيخ «قده» : ان هذا القول و ان كان أمتن دليلا. لكن المشهور الان بل المذهب خلافه.

أقول: و مراد المحقق من وصف الروايه بالشذوذ هو إعراض الأصحاب عما يدل على ذلك و ان كانت عليه روايات عديده (۱))

،

ص:۲۰۰

حتى أن الشيخ نفسه لم يعمل بها فى مواضع أخر، بل ان التفحص عن الشهاده كان معمولا به فى زمن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم كما دلت على ذلك الروايه المذكوره سابقا، و هى و ان كانت ضعيفه سندا (۱)) لكن عليها العمل.

و قال السيد فى العروه: «لو جهل الحاكم حالهما وجب عليه أن يبين للمدعى أن له تزكيتهما بالشهود إذا كان جاهلا بذلك ثم

ص:۲۰۱

يطلبها منه، و لو قال: لا طريق لى الى ذلك أو قال: يعسر على أو قال: لا أفعل و طلب من الحاكم الفحص عن ذلك هل يجب عليه أو لا؟ قد يقال بوجوبه. و الأقوى عدم وجوبه عليه لمنع كون الحكم مطلقا و الا لزم على الحاكم الفحص عن وجود الشاهد و عدمه أيضا مع أنه ليس كذلك قطعا.

أقول: ليس المراد من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» ترك النظر فى الدعوى إذا لم يكن للمدعى بينه عادله على دعواه، بل المعنى انه حينئذ يقضى باليمين، نظير الصلاه حيث تجب الصلاه مع الوضوء فى حال وجدان الماء و الا وجبت مع التيمم بعد الفحص و اليأس عنه فى الحدود المعينه لذلك شرعا، غير أن الشارع لم يحدد وجود البينه بل أحال الأمر إلى العرف، و أهل العرف يفحصون عن حال الشاهدين فى بلدهما و عشيرتهما، بل روى ذلك عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم أيضا، فحاصل معنى الحديث أنه ان كان هناك-مع الجهل بحال الشاهدين-طريق متعارف إلى معرفه حالهما فالفحص عن ذلك لازم، و الا فيكون الحكم بالايمان. و هذا تقريب آخر لمذهب المشهور، بل يجب على الحاكم الإرسال خلف الشاهدين-لو امتنع المدعى عن إحضارهما-ان أمكنه ذلك، لان الحكم واجب عليه فيجب عليه تحصيل مقدماته بحسب الإمكان و المتعارف.

فالحق مع المشهور.

ص:٢٠٢

انتقاض الحكم بفسقهما وقت الحكم:

قال المحقق «قده» : «و لو حكم بالظاهر ثم تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه» .

أقول: لا ريب فى هذا و لا يختلف باختلاف الأقوال فى حقيقه العداله، فإنه بتبين فسق الشاهدين ينتقض الحكم، لكن يشترط تحقق موجب الفسق منهما قبل صدور الحكم بل قبل أداء الشهاده، و وجه الانتقاض: أن العداله شرط واقعى لا علمى فمع انكشاف الخلاف ينتقض الحكم. و قد يقال بأن الشرط فى قبول الشهاده هو كون الشاهد عادلا فى نظر الحاكم و الا فلا طريق الى العلم بالعداله الواقعيه لأحد، بل الاكتفاء بذلك هو المراد من قوله تعالى «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» .

و فيه: ان ظاهر اشتراط شىء لشىء هو اشتراط تحقق مفهومه الواقعى، و كذا الاحكام تتوجه إلى الأمور الواقعيه، فإذا قيل: الغنم حلال، أو البول نجس أريد الغنم الواقعى، و البول الواقعى، و لو أريد الاشتراط العلمى لكان بيان ذلك بتعبير آخر، أ لا ترى الى قول الشارع فى مسأله الاقتداء فى الصلاه حيث العداله فيه شرط علمى لا واقعى: «لا تصل الا خلف من تثق بدينه» (1) فلو صلى خلف من وثق بعدالته و انكشف الخلاف لم تجب عليه الإعاده و لا القضاء

۱- ۱) وسائل الشيعه:۳-۳۹۵.

بخلاف ما لو كان الكلام هكذا: صل خلف العادل، فإنه ظاهر فى الشرطيه الواقعيه و يترتب عليه الإعاده أو القضاء مع انكشاف الخلاف.

و قد ذكر صاحب الجواهر: أن الأصل الواقعيه فى الشرائط، و هذا الأصل غير واضح عندنا و لعله يريد الظاهر، و لقد كان الاولى التعبير به دونه، لان الظاهر أماره.

و قال فى الجواهر: الفسق بعد الحكم لا ينقض الحكم، قال:

بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، و ان المراد من التبين هو تبين حاله اتفاقا لا بأن يقول الخصم-بعد إحراز الحاكم العداله-:

لو تفحصتم عن حالهما لبان لكم فسقهما، فليس للحاكم قبول كلامه و التفحص عن ذلك.

هل يجوز التعويل على حسن الظاهر؟

قال المحقق «قده» : «و لا يجوز التعويل فى الشهاده على حسن الظاهر» .

أقول: أى انه لا يجوز الاعتماد على حسن الظاهر، بل لا بد من معرفه باطن الشخص على أثر المعاشره و المخالطه معه، و هذا مبنى على أن العداله ملكه فإنه بناء على هذا يشترط الشهاده بوجود الملكه فيهما و لا يحصل العلم بذلك إلا بالمعاشره، إذ الأعمال الجوارحيه يمكن الاطلاع عن طريقها الى الجهات الباطنيه لأن الإناء يترشح بما فيه.

ص:۲۰۴

و أما بناء على أن العداله حسن الظاهر -كما عليه جماعه- فيشهد بحسبها، كما أن الأمر بناء على أن الإسلام عداله واضح.

و قد شبه صاحب الجواهر العداله بناء على مذهب المحقق بالإعسار، فلو ادعى المدين الإعسار لم يقبل منه و لا يثبت الإعسار بمجرد ظاهر حاله حتى تحرم المطالبه، بل لا بد من التحقيق، فالملكه أيضا كذلك، فان كثيرا من المعاصى لا يتظاهر بها أهلها فلا يكفى حسن الظاهر، و خالفه استنادا الى الاخبار الكثيره الداله على جواز الشهاده تعويلا على حسن الظاهر.

و سيأتى فى كتاب الشهادات ان شاء اللّه تعالى البحث تفصيلا عن جواز الشهاده استنادا الى طريق من الطرق و الأمارات الشرعيه كاليد و البينه و عدم جوازه و وجوب العلم بالمشهود به، و ملخصه: أنه لو شك مثلا فى كلام لا يعلم هل هو كذب أو لا جاز التكلم به لعدم جواز التمسك بأدله حرمه الكذب حينئذ لأنها شبهه مصداقيه، و عليه تجرى البراءه عن الحرمه، الا ـ أن يقال بالاحتياط ان كان ذلك الكلام يتعلق بما يحتاط فيه كالفروج و الدماء، و أما الاخبار عن شىء بنحو الجزم -مع الشك فى تحققه- فلا يبعد كونه افتراء، فالشهاده بما لا يعلم افتراء، اذن لا بد من العلم فى الشهاده، فان لم يعلم لكن كان له طريق شرعى فهل يقوم ذلك الطريق مقام العلم فى جواز الشهاده؟ الظاهر أن هذا العلم مأخوذ فى الموضوع بنحو الكاشف و الطريق، فتجوز الشهاده اعتمادا على الطريق الشرعى، هذا كله أصولا.

ص:٢٠٥

و أما فقها فان الروايات الوارده فى الجواز كثيره (۱)) ، و تفصيل المسأله فى كتاب الشهادات. بل فى الجواهر ان حسن الظاهر بنفسه عداله، فما ذكره المحقق هنا مخالف للروايات، بل قال: ان البحث هنا علمى مرجعه الى أن العداله شرعا هى ملكه يصدر عنها حسن الظاهر أو أنها عباره عنه، و الا فالجميع متفقون على تحققها بذلك بناء على كون مراد القائلين بحسن الظاهر هو أن جميع ما يظهر منه حسن بعد الخلطه و الصحبه المتأكده فى سره و علانيته.

أقول: و عندى أن العداله هى الملكه و حسن الظاهر طريق إليها، لأن حسن الظاهر أعم من العداله، لكن الملكه تكون عله لحسن الظاهر، لأنها حاله نفسانيه مستنده الى الاعتقادات الراسخه و توجب ترك المحرمات و العمل بالواجبات، بحيث لو صدر منه خطأ حملته الملكه على الندم و التوبه.

و لا ريب فى أن العلم بحسن الظاهر أيضا يتوقف على المعاشره كذلك، فان الصفات التى ذكرت فى الروايات-المستفاد منها الاكتفاء بحسن الظاهر-لا يمكن الاطلاع عليها الا بها. فالحاصل:

ان الآثار تترتب على حسن الظاهر المعلوم بما ذكر عملا بالاخبار خلافا للمحقق، و ليس حسن الظاهر هو العداله خلافا للجواهر، بل هو طريق إليها، و عليه تقوم الطرق الشرعيه مقام العلم فى الشهاده.

ثم ان المستفاد من تلك الاخبار عدم وجوب التعمق الشديد فى حالات الشخص.

ص:۲۰۶

السؤال عن التزكيه و كيفيه ثبوتها:

قال المحقق: «و ينبغى أن يكون السؤال عن التزكيه سرا فإنه أبعد من التهمه» .

أقول: و هـذا واضـح، لأنه ان سأل الشـخص عن حال الشاهد فى حضوره يصـعب عليه الجواب بعدم التزكيه إما حياء و اما وفاء و امـا خوفـا و امـا رجـاء، و ان كان يعلم بعـدالته فأجاب بالإيجاب و شـهد بـذلك لاتهم من قبل الخصم بأنه زكاه لأحـد الأسـباب المذكوره.

قال: «و تثبت مطلقه و تفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه» .

أقول: ان التزكيه تفتقر إلى المعرفه السـابقه بـباطن المزكى على أثر المخـالطه و لاـ تكفى الشـهاده تعويلا على حسن الظاهر عند المحقق، لكن فى الجواهر «تفتقر إلى المعرفه البـاطنه المتقـادمه المفيـده للعلم أو الظن بحصول الملكه و أن مـا يصـدر من ذلك من آثارهـا، أو بحسن الظـاهر بمعنى أنه لا يظهر منه سـرا و علانيه إلا الحسن» أى: ان علم بالعـداله فهو و الا كفى الظن بحصول الملكه، و كـذا يكفى الشـهاده بحسن ظاهره بالمعنى المذكور، فكأنه يحمل عباره المحقق الصـريحه فى عدم كفايه حس الظاهر على حسن ظـاهر بعض أحواله و أفعـاله التى لاـ يسـتفاد منهـا الحسن فى جميع مـا يظهر منه سـرا و علاـنيه، قـال: و هـذا هو مراد القائلين بكفايه حسن الظاهر فيتحد القولان.

ثم ان الشهاده بالعداله لا يشترط فيها التفصيل فيكفى أن يشهد

بعدالته. و قيل: بل يلزم أن يقول فى حقه: عادل مقبول الشهاده إذ ربما يكون عادل غير مقبول الشهاده كالعادل الكثير الشك و صاحب الوسوسه، و ربما يقال: بكفايه الشهاده بأنه مقبول الشهاده.

و سيأتى لذلك تتمه قريبا ان شاء اللّه.

كيفيه ثبوت الجرح:

قال المحقق: «و لا يثبت الجرح الا مفسرا و فى الخلاف:

يثبت مطلقا» .

أقول: فى هذا المقام أقوال، فقيل: لا تثبت العداله و لا الجرح الا مفسرا بذكر سبب التعديل دون التفسيق، و قيل بالعكس و هو مختار المحقق «قده» .

و وجه تفصيل المحقق هو: ان تفسير العداله يحتاج الى ذكر جميع الواجبات و انه يعملها كلها، و ذكر جميع المحرمات و انه يتركها كلها و هذا أمر يستلزم العسر و الحرج، فلذا تكفى الشهاده بالعداله مطلقه، بخلاف الجرح لعدم العسر بذكره لأنه يكفى فى ثبوت الفسق فعل كبيره واحده من الكبائر.

و أيضا: أسباب الفسق مما وقع الخلاف فيها بين الفقهاء، فلو كان الشاهد مقلدا لمن يرى حرمه فعل من الافعال و ليس حراما عند من يقلده الفاعل كانت شهادته بذلك عند الحاكم إغراء له بالجهل، أو ربما يكون لعمل الفاعل وجه شرعى لا يعلمه الشاهد. فلا بد من ذكر السبب حتى يتضح الأمر و ترتفع الجهاله.

ص:٢٠٨

و قد أجيب عن الوجه الأول بالمنع من لزوم الحرج، و عن الثانى: بوقوع الخلاف فى سبب العداله كذلك، و عليه يكفى الإطلاق فى كلا المقامين أو يجب التفصيل فيهما معا.

ثم ان المعدل أو الجارح يجب أن يكون عالما بمعنى العداله و أن أى شىء يضربها و أى شىء لا يضربها، و أن يكون عالما بفتوى الحاكم فى المسأله لئلا يلزم الإغراء بالجهل، فان أحرز الحاكم معرفه الشاهدين بالأمرين رتب الأثر على شهادتهما سواء فى الجرح و التعديل من غير حاجه الى ذكر السبب، و ان علم الحاكم بالاختلاف بين فتواه و نظر الشاهدين أو مقلديهما فى معنى العداله فلا يرتب الأثر، و كذا إذا احتمل الاختلاف.

و فى الجواهر استوجه حمل عباره الشاهد على الواقع و ان اختلف الاجتهاد فى تشخيصه، قال: و من هنا لا يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به، و كذا التطهير و التنجيس و غيرهما و ان كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح.

و أورد عليه بالفرق بين المقامين، إذ يكفى فى مسأله الطهاره لأجل ترتيب آثارها على الثوب وجود أصل أو طريق إلى الطهاره، أما فى مسأله الحكم فلا بد من إحراز الواقع، و أيضا: أصاله الصحه جاريه فى عمل غاسل الثوب فيحمل عمله على الصحه الواقعيه ما لم يعلم بالخلاف بخلاف الأمر فى الشهاده، فلو شهدا بمالكيه زيد

للدار و أراد الحاكم الحكم بمقتضى تلك الشهاده توقف الحكم على إحراز عداله الشاهدين، فظهر أن بين الطهاره و الملكيه و ما نحن فيه فرقا.

أقول: فى مسأله الشهاده ان شهد بوجود ملكه العداله فى المشهود له قبلت الشهاده، و ان شهد بالعداله فلا تقبل لانه يكون نظير الشهاده بعداله زيد مع عدم تعيين زيد المشهود بعدالته، و أما الحمل على الصحه الواقعيه-كما هو الحال فى الطهاره و الملكيه- ففيه تأمل و يحتاج الى تتبع كلماتهم فى ذلك.

ثم انه لا بد أن يظهر المطلب بعنوان الشهاده، و بعباره أخرى:

يشترط أن ينشئ الشهاده لا أن يخبر عن العداله مثلا، للفرق الواضح بين مفهومى الشهاده و الاخبار لغه و عرفا.

و يجب تعيين المزكى أو المجروح فلا يكفى القول المجمل بل كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم يسأل الشاهدين فى حضور المدعى عليه هل هو نفسه أو لا؟ و هل يشترط ضم ألفاظ أخرى إلى الشهاده بالعداله مثل «مقبول الشهاده» كما عن بعضهم أو «مقبول الشهاده لى و على» كما عن آخر أو لا يشترط؟ الذى يقوى فى النظر هو الثانى وفاقا لصاحب الجواهر، و لكن لا لما ذكره قدس سره فإنه يبتنى على تماميه قاعده المقتضى و المانع، و هى محل بحث كما فصل فى محله، على أن تلك القاعده لا مجال لها فى بعض صور المسأله، كما إذا كان المانع احتمال بنوه الشاهد-بناء على أن شهاده الولد على والده غير

مسموعه-فإنه لا معنى للقول بأن الأصل عدم كونه ولدا له.

بل لأن الإطلاقات و العمومات تعتبر العداله فحسب و تفيد أن شهاده العادل مقبوله، فمن ادعى العدم فعليه اقامه الدليل المخصص لكن فى موارد الشك كما إذا شك فى كون الشاهد خصما للمدعى عليه فلا بد من إحراز عدم الخصومه و الا لكان التمسك بالعام حينئذ من التمسك به فى الشبهات المصداقيه.

قال المحقق «قده» : «و لا يحتاج الجرح الى تقادم المعرفه و يكفى العلم بموجب الجرح» .

أقول: هذا واضح، بخلاف الشهاده بالعداله فهى متوقفه عليه.

حكم ما لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل:

قال: «و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح.» .

أقول: فى حال اختلاف الشهود بالجرح و التعديل يتقدم الجرح لان حاصل شهاده المعدلين هو عدم العلم بما يوجب الفسق، لكن الجارحين يقولان: رأينا منه كذا. فتكون الشهاده بالجرح شهاده بما خفى عن المعدلين فيقدم الجرح و لا تعارض بين الشهادتين.

و على هذا الأساس لو قال الجارح: رأيته يفعل كذا يوم كذا، فقال المعدل: أشهد بأنه قد تاب عن ذلك الفعل و التزم بإتيان الواجبات و ترك المحرمات بعد هذا التاريخ قدم التعديل لأنه شهاده بما يخفى على الجارحين.

انما الكلام فيما لو شهد الطرفان بنحو لا يمكن الجمع بين

الشـهادتين، كأن يقول الجارح: رأيته يفعل كـذا فى مكان كـذا يوم الجمعه، و يقول المعدل: كان معى يوم الجمعه فى سـفر الى بلـد آخر، فـإنه تتعـارض البينتان، قال المحقق: «و لو تعارضت البينتان فى الجرح و التعـديل قال فى الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا» .

أقول: القول بالتوقف فى صوره التعارض يكون تاره بمعنى رفع اليد عن شهاده الطرفين فلا يحكم بالفسق و لا بالعداله بل يحلف الخصـم، و أخرى لاـ يحكـم بشـىء و لاـ يحلـف الخصـم، لكن فى الخلاـف أيضـا: «إذا تعـارضت البينتـان على وجه لاـ ترجيح لإحداهما على الأخرى أقرع بينهما فمن خرج اسـمه حلف و أعطى الحق، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا، و قد روى أنه يقسم نصفين» .

أما عدم تحليف الخصم فمن جهه انصـراف قوله «ص» : «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» عن صوره التعارض بين البينتين و حينئذ فإن أمكن التنصيف و الا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و يحلف من خرجت باسمه احتياطا.

و أمـا لو قـال أحـدهما: هو الاـن عـادل، و قـال الأـخر: هو الاـن فـاسق، فهـل يقـدم قول الجـارح أو يتعارضـان؟ الظاهر هو الثانى فيتساقطان.

و قال فى الجواهر: و قد يقال أيضا «ان هذا كله مع فرض عدم أمر سابق يمكن استصحابه من عداله أو فسق و الا حكم به» .

ص:٢١٢

أقول: ان أراد صوره التعارض بين البينتين فإنه مع جريان الاستصحاب لا حاجه الى الجرح و التعديل بل تستصحب الحاله السابقه و يترتب الأـثر، الاـ أن الفقهـاء لم يتعرضوا الى الاستصـحاب هنا بل قالوا ان للحاكم أن يحكم بعلمه بالحال على أثر المخالطه، و ظاهر ذلك هو الاعتماد على البينه مع عدم العلم لأنها الكاشفه عن الواقع. اللهم الا أن يقال بأن اقامه البينه حكم تعبدى يعامل مع مفادها معامله الواقع لا أنها تكشف عنه، و حينئذ يقوم الاستصـحاب مقامها لكن الظاهر أن حجيه البينه هى بعنوان تتميم الكشف و لعله لذا ذكر صاحب الجواهر المطلب بعنوان قد يقال.

ثم نقـل عن كـاشف اللثـام احتمال تقـديم شـهاده التعـديل لـدى التعارض للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض خلافا لمن قـدم شهـاده الجرح ثم قـال: «و هو جيـد فيمـا يرجع الى مـا ذكرنـاه لاـ مطلقـا» فـان قول بعضـهم بـأن الإسـلام ملكه تمنع من ارتكاب المحرمات و ترك الواجبات ضعيف، و قد ضعفه كاشف اللثام أيضا و اختار أن العداله حسن الظاهر كالجواهر.

ص:۲۱۳

المسأله التاسعه

(فی تفریق الشهود عند الشهاده)

قال المحقق «قده» : «لا بأس بتفریق الشهود، و یستحب فی من لا قوه عنده» (۱)) .

ص:۲۱۴

أقول: ان الميزان الشرعى للقضاء هو البينات و الايمان كما فى الحديث الشريف، و لكن هل تعبدنا الشارع بالأخذ بذلك أو يجوز القضاء بالسؤال عن الخصوصيات و النظر فى القرائن و غير ذلك مما يستكشف به الواقع و يتوصل به الى حقيقه الحال (۱)) ؟ قال المحقق: «لا بأس بتفريق الشهود و يستحب فى من لا قوه عنده» .

أقول: ان إطلاق الآيه الكريمه «وَ اِسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ» (۱)) و قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (۲)) يشمل ما إذا شهدا معا أو شهد كل واحد من الشاهدين على حده، فيجوز الأمران، لكن فى صوره التفريق بينهما ربما يظهر كذبهما أو خطؤهما فى الشهاده بخلاف ما إذا شهدا معا.

هذا بحسب القاعده و قطع النظر عن الاخبار الخاصه الوارده، لكن المحقق أفتى بالاستحباب فى صوره كون الشاهد لا قوه عقل عنده و لعل وجهه عمل النبى و أمير المؤمنين صلى اللّه عليهما و آلهما فى

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۲.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

بعض الموارد.

و فی الجواهر: قد یقال باختصاص جواز التفریق قبل إثبات العداله و طلب المدعی الحکم.

و هذا غیر واضح إذ لا أثر لتفریق الشهود و استماع شهادتهما بعد ذلک إلا التأکد و الاطمئنان. و کیف کان فلا شبهه فی الجواز و یدل علی ذلک روایات منها: ما روی عن معاویه بن وهب عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «أتی عمر بن الخطاب بجاریه قد شهدوا علیها أنها بغت، و کان من قصتها أنها کانت یتیمه عند رجل و کان الرجل کثیرا ما یغیب عن أهله، فشبت الیتیمه فتخوفت المرأه أن یتزوجها زوجها، فدعت بنسوه حتی أمسکنها، فأخذت عذرتها بإصبعها، فلما قدم زوجها من غیبته رمت المرأه الیتیمه بالفاحشه و أقامت البینه من جاراتها اللائی ساعدنها علی ذلک، فرفع ذلک الی عمر فلم یدر کیف یقضی فیها، ثم قال للرجل: ائت علی بن أبی طالب علیه السلام و اذهب بنا إلیه.

فأتوا علینا علیه السلام و قصوا علیه القصه فقال لامرأه الرجل: أ لک بینه أو برهان؟ قالت: لی شهود هؤلاء جاراتی یشهدن علیها بما أقول فأحضرتهن، فأخرج علی بن أبی طالب علیه السلام السیف من غمده فطرح بین یدیه، و أمر بکل واحده منهن فأدخلت بیتا، ثم دعا بامرأه الرجل فأدارها بکل وجه، فأبت أن تزول عن قولها فردها الی البیت الذی کانت فیه، و دعا احدی الشهود و جثی علی

رکبتیه ثم قال: تعرفینی أنا علی بن أبی طالب و هـذا سـیفی و قد قالت امرأه الرجل ما قالت و رجعت الی الحق و أعطیتها الأمان، و ان لم تصدقین لأملأن السیف منک، فالتفتت الی عمر فقالت: یا أمیر المؤمنین الأمان علی فقال أمیر المؤمنین فاصدقی، فقالت: لاـ و اللّه الا أنها رأت جمالا و هیئه فخافت فساد زوجها علیها، فسـقتها المسـکر و دعتنا فأمسـکناها فافتضـتها بإصـبعها، فقال علی علیه السـلام: اللّه أکبر، أنـا أول من فرق بین الشاهـدین (الشـهود)الاـ دانیال النبی. فألزم علی المرأه حـد القاذف و ألزمهن جمیعا العقر، و جعـل عقرهـا أربعمـائه درهم، و أمر امرأه الرجل أن تنفی من الرجل و یطلقها زوجها، و زوجه الجاریه، و ساق عنه علی المهر. فقال عمر: یا أبا الحسن فحدثنا بحدیث دانیال، فقال علی علیه السلام: ان دانیال.» (۱) .

و مـا عن أبی بصـیر عن أبی جعفر علیه السـلام فی حـدیث: «ان شابا قال لأمیر المؤمنین علیه السـلام: ان هؤلاء النفر خرجوا بأبی معهم فی السـفر، فرجعوا و لم یرجع أبی، فسـألتهم عنه فقـالوا: مـات فسـألتهم عن مـاله فقالوا: ما ترک مالا، فقـدمتهم الی شـریح فاسـتحلفهم و قـد علمت أن أبی خرج و معه مـال کثیر، فقال أمیر المؤمنین علیه السـلام: و اللّه لأحکمن بینهم بحکم ما حکم به خلق قبلی إلا داود النبی علیه السلام. یا قنبر أدع لی شرطه الخمیس فدعاهم، فوکل

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۰۲. و هی صحیحه أو حسنه بإبراهیم ابن هاشم.

بكل رجل منهم رجلا من الشرطه، ثم نظر الى وجوههم فقال: ماذا تقولون؟ تقولون انى لا أعلم ما صنعتم بأبى هذا الفتى؟ انى إذا لجاهل.

ثم قال: فرقوهم و غطوا رؤوسهم. قال: ففرق بينهم و أقيم كل رجل منهم إلى أسطوانه من أساطين المسجد و رؤوسهم مغطاه بثيابهم. ثم دعا بعبيد اللّه بن أبى رافع كاتبه فقال: هات صحيفه و دواه، و جلس أمير المؤمنين عليه السلام فى مجلس القضاء، و جلس الناس اليه، فقال لهم: إذا أنا كبرت فكبروا. ثم قال للناس: أخرجوا. ثم دعا بواحد منهم فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه. ثم قال لعبيد اللّه:

أكتب إقراره و ما يقول، ثم أقبل عليه بالسؤال فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: فى أى يوم خرجتم من منازلكم و أبو هذا الفتى معكم؟ فقال الرجل: فى يوم كذا و كذا. فقال: و فى أى شهر؟ فقال: فى شهر كذا و كذا، قال: فى أى سنه؟ فقال: فى سنه كذا و كذا. فقال:

و الى أين بلغتم فى سفركم حتى مات أبو هذا الفتى؟ قال: الى موضع كذا و كذا. قال: و فى منزل من مات؟ قال: فى منزل فلان ابن فلان. قال: و ما كان مرضه؟ قال: كذا و كذا. قال: و كم يوما مرض؟ قال: كذا و كذا. قال: ففى أى يوم مات؟ و من غسله؟ و من كفنه؟ و بما كفنتموه؟ و من صلى عليه؟ و من نزل قبره؟ فلما سأله عن جميع ما يريد كبر أمير المؤمنين عليه السلام و كبر الناس جميعا، فارتاب أولئك الباقون، و لم يشكوا أن صاحبهم قد أقر عليهم و على نفسه، فأمر أن يغطى رأسه و ينطلق به الى السجن. ثم دعا بآخر فأجلسه بين يديه و كشف عن وجهه و قال: كلا زعمتم أنى

لا أعلم ما صنعتم؟ فقال: يا أمير المؤمنين ما أنا إلا واحد من القوم، و لقد كنت كارها لقتله، فأقر. ثم دعا بواحد بعد واحد كلهم يقر بالقتل و أخذ المال. ثم رد الذى كان أمر به الى السجن فأقر أيضا.

فألزمهم المال و الدم. ثم ذكر حكم داود عليه السلام بمثل ذلك.» (۱)) .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۰۴. و فى سندها على بن أبى حمزه البطائنى.

المسأله العاشره

(فی ما یعتبر فی الشهاده بالجرح)

قال المحقق «قده» : «لا یشهد الشاهدان بالجرح الا مع المشاهده لفعل ما یقدح فی العداله أو أن یشیع ذلک فی الناس شیاعا موجبا للعلم.» .

أقول: یشترط فی الشهاده بالجرح مشاهده الشاهدین لفعل ما یقدح فی العداله أو أن یشیع ذلک الفعل منه فی الناس شیاعا موجبا للعلم و الیقین، و الا فلا تجوز الشهاده به، و أما فی الشهاده بالعداله فلا یشترط ذلک بل یکفی حسن الظاهر من جهه أنه-کما فی الاخبار-الطریق إلی معرفه العداله و الکاشف عن وجود الملکه الراسخه و ان کان احتمال الخلاف موجودا فقد ورد فی تلک الاخبار (۱))

ص:۲۲۰

من كان كذلك تقبل شهادته، و من هنا يقع الفرق بين الشهاده بالجرح و الشهاده بالعداله.

و قد تقدم أن الشهاده استنادا إلى البينه و الاستصحاب جائزه.

و عن المسالك: ان لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففى جواز الجرح وجهان، من أنه ظن فى الجمله و قد نهى اللّه عن أتباعه إلا ما استثنى، و من أن ذلك ربما كان أقوى من البينه المدعيه للمعاينه كما مر فى نظائره.

و أورد عليه فى الجواهر بقوله: و فيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله و حرمه القياس على البينه التى مبناها التعبد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

أقول: ان البحث هو فى الشهاده بالجرح فان قلنا بعدم جواز الشهاده استنادا إلى البينه بل و لا ـ بالاستناد إلى العشره، فنقض المسالك غير وارد حتى يتوجه اشكال الجواهر عليه.

هذا و تجوز الشهاده بالعداله استنادا الى حكم الحاكم، و حكم الحاكم بعداله الشاهدين أو فسقهما حجه بالنسبه إلى الحاكم الأخر، و لكن ليس للاول و لا غيره الشهاده بالفسق أو العداله، فحكم الحاكم حجه و أما شهادته فغير مسموعه.

ص:۲۲۱

ثم هـل للافعـال ظهور كالأـقوال بحيث يجب الأخـذ به؟ فيه خلاـف و الظـاهر هو العـدم كمـا عليه أهل العرف. و انما يحصل له ظهور من بعض المقارنـات، فـإن أفادت تلك المقارنات العلم جرى عليه الحكم، و الا فهل الظن الحاصل من هـذا الظهور حجه أو لا؟ الظاهر هو الأول وفاقا للسيد «قده» (١)) .

ص:٢٢٢

المسأله الحادیه عشره

(فی الحکم باستمرار العداله حتی ثبوت ما ینافیها)

قال المحقق «قده» : «لو ثبت عداله الشاهد حکم باستمرار عدالته.» أقول: لو ثبتت عداله الشاهد حکم الحاکم باستمرارها بالاستصحاب غیر أنه لما کان للاستصحاب کاشفیه نوعیه بنی العقلاء علی العمل بها کما تقرر فی الأصول-یشترط عدم الفاصل الطویل بین زمانی الیقین و الشک لان ذلک یؤدی الی ضعف الظن بالبقاء و الکاشفیه النوعیه المذکوره.

قال: «و قیل: ان مضت مده یمکن تغیر حال الشاهد فیها استأنف البحث عنه و لا حد لذلک، بل بحسب ما یراه الحاکم» .

أقول: و هذا قول ثان فی المسأله-قال فی الجواهر-و ان

ص:۲۲۳

كنا لم يتحقق القائل بذلك منا (١)) . و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر و لا دليل عليه، بل الاستصحاب حجه حتى يتبين ما ينافى العداله.

ص:٢٢٤

المسأله الثانيه عشره

(فی كتابه الحاكم قضايا كل أسبوع)

قال المحقق: «ينبغی أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه و كتب عليه قضاء سنه كذا» .

أقول: كان ينبغی ذكر هذه المسأله فی الآداب، و الأمر سهل.

ص:٢٢٥

المسأله الثالثه عشره

(هل يجب على الحاكم كتابه المحضر؟)

قال المحقق: «كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر.» أقول: لا يجب على الحاكم تحصيل مقدمات الكتابه و لوازمها كالدواه و القرطاس، و قيل: يجب عليه الدواه، و لو بذل باذل أو أرسل إليه من بيت المال-و كانت الكتابه واجبه عليه-وجب عليه الكتابه، و فى الجواهر: «لا دليل على الوجوب مع البذل أيضا و ان نسبه فى المسالك إلى الأشهر تاره و الى المعروف بين الأصحاب أخرى معللا له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره. الا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الاشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الاشهاد على الإقرار.

أقول: قد يكون للكتابه و إعطائها بيد من حكم له دخل فى إحقاق الحق و وصول صاحبه اليه كالحكم نفسه بحيث إذا لم تكن

ص:۲۲۶

کتابه لم یتحقق الحق و تحصیله، بل قد یجب علی الحاکم أخذ الحق بعد الحکم مع التمکن من ذلک من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و تسلیمه لأهله.

و قد یستدل لوجوب الکتابه بقوله تعالی: «. وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لا یَأْبَ کاتِبٌ أَنْ یَکْتُبَ کَما عَلَّمَهُ اَللّهُ فَلْیَکْتُبْ .» (۱) فإنه ظاهر فی الوجوب و قد أکده بالنهی عن الإباء عنها، و أجاب فی الجواهر: بأنه فی غیر ما نحن فیه و هو محمول علی ضرب من الکراهه، للقطع بعدم وجوب ذلک.

و فیه: أن المستفاد من الآیه الکریمه هو الملاک العام و هو: عدم إباء الکاتب و الشاهد عن الکتابه و الشهاده عند الحاجه و احتمال ضیاع الحق بدون ذلک. و خصوصیه مورد الآیه لا تخصص، و لذا استدل بها الأصحاب فی غیر الدین.

و أما دعوی القطع بعدم وجوب الکتابه فإن أرید القطع بعدم وجوبها أولا و بالذات فهو حق، و ان أرید القطع بعدم وجوبها علیه و ان بذل له ما یلزم و طولب بها و احتمل ضیاع الحق لو لم یکتب فتلک دعوی بعیده.

و قد یستدل بقوله تعالی «وَ أَشْهِدُوا إِذا تَبایَعْتُمْ وَ لا یُضَارَّ کاتِبٌ وَ لا شَهِیدٌ وَ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِکُمْ .» (۲) بناء علی ما هو الأظهر من أن «یضار» أصله «یضارر» فأدغمت الراء فی الراء و فتحت

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۲.

۲- ۲) سوره البقره:۲۸۲.

لالتقاء الساكنين، فيكون معناه: لا يكتب الكاتب الا بالحق و لا يشهد الشاهد الا بالحق و الا كان فسقا (۱)) .

نعم فی الآیه السابقه ما یحتمل معه کون الأمر فیه إرشادیا و هو قوله عز و جل «ذٰلِكُمْ أَقْسَطُ .» بناء علی أنه یتوجه الی جمیع الآیه لا الجمله الأخیره منها، و لکن الظاهر دلاله الآیه علی الوجوب فی حال المطالبه و وجود الحاجه کما ذکرنا.

المسأله الرابعه عشره

(فی تعنیت الحاکم للشهود)

قال المحقق: «یکره للحاکم أن یعنت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر.» .

أقول: أی یکره أن یعامل الحاکم الشهود الذین هم من ذوی البصائر و الفهم و الأدیان معامله من لیسوا کذلک.

قال: «لأن فی ذلک غضاضه لهم» کما لا یخفی.

قال: «و یستحب ذلک فی موضع الریبه» .

أقول: و یظهر من قول أمیر المؤمنین علیه السلام: «أنا أول من فرق الشهود» (۱) ان هذا الأمر لم یکن جاریا إلا فی موارد الشبهه و الریبه.

ص:۲۲۹

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۰۳. و قد تقدم الحدیث بکامله.

المسأله الخامسه عشره

(لا يجوز للحاكم ان يتعتع الشهود)

قال المحقق: «لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد، و هو أن يداخله في التلفظ بالشـهاده أو يعقبه، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده و ان كان يتردد.

و لو تردد في الشهاده لم يجز ترغيبه في الاقدام على الإقامه و لا تزهيده في إقامتها.

و كـذا لاـ يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنه ظلم لغريمه و يجوز (۱)) ذلـك في حقوق اللّه، فان الرسول صـلى اللّه عليه و آله و سلم

ص:۲۳۰

قال لماعز عند اعترافه بالزنا «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» و هو تعريض بإيثار الاستتار» .

أقول: و كل ذلك واضح.

ص:٢٣١

المسأله السادسه عشره

(فی أنه یکره للحاکم أن یضیف أحد الخصمین)

قال المحقق «قده» : «یکره أن یضیف أحد الخصمین دون صاحبه» .

أقول: و وجهه واضح، فان فیه ترجیحا له علی صاحبه، و قد روی: «أن رجلا نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام فمکث عنده أیاما ثم تقدم إلیه فی خصومه (حکومه)لم یذکرها لأمیر المؤمنین، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم. قال: تحول عنا فان رسول اللّه «ص» نهی أن یضاف الخصم الا و معه خصمه» (1) .

و کذا یکره أن یذهب الی دار أحدهما دون الأخر، بل کل ما یقتضی ترجیح أحد الخصمین علی صاحبه.

ص:232

1- 1) وسائل الشیعه:18-157.

المسأله السابعه عشره

اشاره

(فی حرمه الرشوه)

قال المحقق: «الرشوه حرام علی آخذها» .

أقول: لاـ یجوز أخذ الرشوه، و هی حرام علی آخذها بالإجماع بل بالضروره من الدین، و یدل علیه قوله تعالی «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی اَلْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ اَلنّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (1)) .

و الاخبار فی هذا الباب متواتره، و فی جمله منها: ان الرشا فی الحکم کفر باللّه (1)) .

ص:233

1- 1) سوره البقره:188.

و فی بعضها: انه شرک (۱)) .

فلا ریب فی الحکم.

موضوع الرشوه:

إنما الکلام فی موضوع الرشوه، و کلمات الأصحاب من الفقهاء و اللغویین فی ذلک مضطربه:

قال المحقق: «و یأثم الدافع لها ان توصّل بها الی الحکم له بالباطل، و لو کان الی حق لم یأثم» .

أقول: و عن جامع المقاصد: «ان الجعل من المتحاکمین رشوه» لکن ظاهر الروایه (۲)) : ان الأجره علی القضاء غیر الرشوه فلذا کانت الاولی سحتا و الثانیه کفرا.

و قیل: ما یبذله المتحاکمان رشوه و لو کان بعنوان الجعاله و الأجره.

و فی القاموس فسر الرشوه بالجعل، لکن فی مجمع البحرین:

قلما تستعمل الرشوه إلا فیما یتوصل به الی إبطال حق أو تمشیه باطل.

و قال السید: هی ما یبذله للقاضی لیحکم له بالباطل أو لیحکم له حقا کان أو باطلا أو لیعلمه طریق المخاصمه حتی یغلب علی خصمه، و لا فرق فی الحرمه بین أن یکون ذلک لخصومه حاضره أو متوقعه» .

أقول: فإذا کانت الکلمات فی بیان حقیقه الرشوه مختلفه و مضطربه فإنه فی کل مورد یشک فی صدق عنوان «الرشوه» فیه مثل «أجور القضاه» یکون المرجع أصاله الحق لکونها شبهه مصداقیه لأدله حرمه الرشوه، الا أن تثبت الحرمه من دلیل آخر و بعنوان غیر عنوان الرشوه.

و القدر المتیقن من الرشوه: أنها ما یبذله للقاضی حتی یحکم لصالحه، فهذا هو القدر المتیقن من الآیه المبارکه المذکوره أو لا الا ـ أن الأخبار المستفیضه الوارده فی الباب الخامس من أبواب ما یکتسب (1) به تدل علی أن الرشا فی الأحکام «سحت» و «کفر» و هی

۱- ۱) وسائل الشیعه:۶-۶۱-۶۶.

بإطلاقها تعم ما إذا كان البذل لاحقاق الحق، لا يقال: انها وارده فى مورد الآيه الكريمه. لأنه يحتمل أن يكون قيد «بالإثم» غالبيا، لان غالب الراشين يتوصلون بالرشوه إلى أكل مال الناس و ابطال حقوقهم.

فظهر أن الرشا فى الحكم مطلقا-أى حقا كان الحكم أو باطلا- حرام بالكتاب و السنه، و أما إذا توقف إحقاق الحق على بذل شيء بحيث لو لم يبذله لوقع فى الضرر العظيم و ضاع حقه-جاز البذل لتقدم قاعده نفى الضرر حينئذ، نظير ما قد يبذل للظالم مال دفعا لاذاه و تحفظا من ضرره.

حكم الرشوه فى غير الحكم:

و أما فى غير الاحكام فان أخبار الرشوه و ان كانت وارده فى مورد الحكم و الاحكام الا أن مقتضى إطلاق بعض تلك الاخبار هو حرمتها فى غير الاحكام أيضا، فقد روى الشيخ الصدوق «قده» عن الأصبغ ابن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب اللّه عنه يوم القيامه و عن حوائجه، و ان أخذ هديه كان غلولا، و ان أخذ الرشوه فهو مشرك» (۱) .

فهل تقيد إطلاق الروايه بالروايات المقيده أو أن ظهورها آب عن التقييد؟ الظاهر هو الثانى، و «حوائج الناس» يعم غير الاحكام كما لا يخفى.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۶-۶۳ عن عقاب الاعمال.

و روی الشیخ الصدوق «قده» أیضا عن سیدنا أبی الحسن الرضا علیه السلام عن آبائه عن أمیر المؤمنین فی تفسیر قوله تعالی:

أَكّالُونَ لِلسُّحْتِ . قال: «هو الرجل یقضی لأخیه حاجته ثم یقبل هدیته» (۱) .

و یمکن أن یقال-و لا سیما بالنظر الی هذین الخبرین-أنه و لو فرض کون الرشوه فی الحکم فقط، فان کون الرجل منصوبا - شرعا أو عرفا-لرفع الظلم عن الناس و قضاء حوائجهم یقتضی وجوب ذلک علیه و أن مطالبته أو أخذه شیئا فی مقابل عمله سحت.

و بالجمله فإن الرشوه فی الأحکام لإبطال الحق مقطوع بحرمتها و الظاهر أنها کذلک فی مطلق الحکم ان کان البذل بعنوان الرشوه سواء أثر فی کیفیه الحکم أو لم یؤثر، و أما فی غیر الاحکام فالمستفاد من الخبرین المذکورین حرمه الأخذ علی من کان موظفا بالقیام بالواجبات الموضوعه علی عاتقه.

ثم انه لا فرق فی «الرشوه» بین المال المبذول له و بین العمل النافع الذی یعمله له کخیاطه ثوب مثلا أو إنجاز غرض له کأن یبیعه داره و لو بالثمن المتعارف، أی بأن یقدمه علی غیره فی المعامله، و هل هذه المعامله باطله حینئذ؟ قیل: لا لانه نظیر البیع عند النداء و قیل: نعم لان الحکم الوضعی هذا مترتب علی الحکم التکلیفی، فلما کانت الرشوه محرمه و کانت هذه المعامله مصداقا لها کانت باطله.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۶-۶۴ عن عیون الاخبار.

و أیضا: لو دفع الیه الخمس أو الزكاه حتی یحكم له، فإنه حرام و لا تبرء ذمه المعطی من الخمس و الزكاه حینئذ.

و فی هذه الأیام یقول بعض جهله القضاه: إن أعطیت كذا للمستضعفین نجوت من العقوبه مثلا، فان هذا المال رشوه و لا یملكه المستضعفون.

و كذا یحرم احترام القاضی و تبجیله و الثناء علیه ان كان بعنوان الرشوه، و لو أثر ذلک فی نفس القاضی فحكم له كان مرتكبا للحرام أیضا.

و بالجمله فإن كل ما قصد به التوصل الی حكم الحاكم كان رشوه محرمه، و ان شك فی بعض الافراد فی الدخول تحت الاسم أو جزم بعدمه فالبراءه جاریه خلافا لصاحب الجواهر.

حكم الهدیه للقاضی:

و أما الهدیه فهی فی نفسها أمر مرغوب فیه، و قد كان النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم و الأئمه علیهم السلام یأمرون بها و یقبلونها الا أنه لا ریب فی حرمه الهدیه للقاضی و العامل، و قد ورد أن هدایا العمال «غلول» . و «سحت» (1) ، و فی حدیث عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه قال «. ما بال العامل نبعثه علی أعمالنا یقول:

هذا لكم و هذا أهدی لی، فهلا جلس فی قلب بیت أمه و أبیه ینظر أ یهدی له أم لا. و الذی نفسی بیده لا یأخذ أحد منها شیئا إلا جاء

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۲،۱۶۳-۶۳،۶۴.

يوم القيامه يحمله على رقبته.» (۱)) و هذا الحديث يدل على ان أخذ العمال مطلقا-أى سواء كانوا عمال الظلمه أو غيرهم-الهديه حرام، و لا يبعد صدق عنوان «الرشوه» على هذا المال، و تخصيص بعض الأصحاب ذلك بعمال سلاطين الجور خلاف ظاهر الاخبار.

و أما صحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه عليه السلام:

«عن رجل يرشو الرجل على أن يتحول من منزله فيسكنه. قال:

لا بأس» .

فإن كان المنزل ملكا له فلا بأس بأن يأخذ شيئا حتى يتحول عن ملكه، و ان لم يكن-كما ذكر صاحب الوسائل-فيمكن حملها على المنزل المشترك كالموقوف للسكنى فيعطى الثانى للأول لأجل النزول عن حقه الحاصل له بالسبق-هذا بناء على ثبوت حق له بالسبق اليه، و اما بناء على أن الوقف مال محرر فلا يكون ملكا و لا متعلق حق لأحد، فإن سبق الى مكان موقوف فلا يجوز إزاحته عن ذلك المكان جبرا لان الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم.

فلا بأس بأن يطالب بشىء فى مقابل قيامه عن هذا المكان و ان لم يكن له حق فيه كما هو المفروض.

و هذا البحث جار فى المسجد و مكان المصلى، و كذا فى سوق المسلمين حيث قال صلى اللّه عليه و آله: «سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق اليه كان أحق به الى الليل» .

و على كـل حـال يكون التعبير عن الشـىء المـأخوذ فى مقابل التحول عن المنزل ب «الرشوه» تعبيرا مجازيا، أو يقال بأنه رشوه – لأنه مال أعطى له لأجل التوصل الى الغرض–و لكنه لا بأس به هنا لكونه فى مورد محلل.

فتلخص أن الرشوه هو ما يبذله للقاضى أو الوالى أو العامل فى مقابل عمله الواجب عليه سواء كان بعنوان الرشوه أو الهديه.

و ان بـذل للقاضـى مـال و جهـل عنوانه فهل يحمل على الصـحه؟ قال السـيد نعم، و هو مشـكل، فإن أثر حمل فعل المسـلم على الصـحه هو أن لا يكون فاعلا لمحرم، و لكن هـذا لا يثبت كون المال المأخوذ صـدقه مثلا حتى يجوز له أخـذه. و بعباره أخرى: الحمل على الصـحه انما يفيـد الحل مع العلم بالعنوان، كأن يعلم بأنه هـديه و يشك فى كونها هـديه صـحيحه أو فاسده، فيحمل فعل المسلم على الصحه و يجوز التصرف فى المال المأخوذ.

هذا، و لا ينفذ حكم الحاكم الأخذ للرشوه و ان كان حكمه بالحق لصيرورته فاسقا بأخذها، و عليه رد ما أخذ على صاحبه.

قال المحقق: «و يجب على المرتشى إعاده الرشوه إلى صاحبها و لو تلفت قبل وصولها اليه ضمنها له» .

أقول: القول بالضـمان هو المختـار، و عن بعضـهم نفى الخلاـف فيه، و يـدل عليه عموم قوله «ص» : «على اليـد مـا أخـذت حـتى تؤدى» .

المسأله الثامنه عشره

(هل يجب إحضار الخصم الى مجلس الحكم؟)

قال المحقق «قده» : «إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضرا» .

أقول: ظاهر «أحضره» هو الوجوب، و فى القواعد: إذا استعدى رجل على رجل الى الحاكم لزمه أن يعديه و يستدعى خصمه ان كان حاضرا، سواء حرر المدعى دعواه أو لا. قال فى الجواهر:

بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالك نسبته إلى علمائنا و أكثر العامه و كذا عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه.

فان كان إجماع على وجوب الإحضار فهو و الا ففى ما ذكروه من تعلق حق الدعوى به نظر واضح، لان الحاكم كما يحتمل صدق المدعى فى هذه الدعوى يحتمل كذبه و بطلان دعواه أيضا، و حيث لم يتبين للحاكم بعد صدق الدعوى و وجود الحق كيف يجب عليه إحضار الخصم؟

ص:۲۴۱

و کـذا الکلام فی قولهم: ان مقتضـی منصب الحـاکم إحضـار الخصم، فـان لازم منصب الحاکم سـماع الـدعوی و القیام بجمیع مقـدمات رفع الخصومه و لکن لا توقف لذلک علی إحضار الخصم بل له النظر فی القضـیه بحسب الموازین الشـرعیه ثم الحکم علی الخصم حکما غیابیا.

فظهر سـقوط کلاـ الـوجهین، فالعمـده هو الإجمـاع ان تم، قـال فی الجواهر: «لکن الإنصـاف أنه لاـ یخفی علیـک مـا فی دعوی الإجماع فی أمثال هـذه المسائل، علی أن المحکی عن الفاضل فی المختلف عـدم وجوب إحضار الغائب بعد تحریر الدعوی.» و علیه فلا یجب الإحضار و یتعین الحکم الغیابی و الغائب علی حجته.

و بناء علی الوجوب فلا فرق بین الأشخاص المحترمین و غیرهم قال فی کشف اللثام: سواء کان من أهل الصیانات و المروات أو لا.

قال فی المبسوط: لان علیا علیه السـلام حضر مع یهودی عند شریح.» و هذا یعنی أن جمیع المسلمین فی الحقوق و الاحکام علی حد سواء و لا فضل لأحد منهم علی أحد فیها (۱)) .

ص:۲۴۲

و لا فرق فی ذلک بین تحریر المدعی دعواه و عدم تحریره لها:

قال المحقق: «سواء حرر المدعی دعواه أم لم یحررها» .

قال: «أما لو کان غائبا لم یعده الحاکم حتی یحرر دعواه و الفرق لزوم المشقه فی الثانی و عدمها فی الأول» .

أقول: هـذا المقدار من المشـقه لا یرفع وجوب الإحضار علی الحاکم أو وجوب الحضور علی المدعی علیه، و الا لانتفت الفائده من نصب الحاکم و الرجوع الیه و هی فصل الخصومه و رفع النزاع.

فلاـ وجه لهـذا التفصـیل لکن تقـدم التأمـل فی أصـل وجوب الإحضـار، فعلی الحاکم أن یحکم فی القضـیه بحسب الموازین ثم الغائب علی حجته.

ص:۲۴۳

قال: «هذا إذا كان فی بعض مواضع ولایته و لیس له هناک خلیفه یحکم» .

أقول: أی و الا سمع بینته ان کانت و کتب بالأمر إلی خلیفته.

قال: «و ان کان فی غیر ولایته أثبت الحکم علیه بالحجه و ان کان غائبا» .

أقول: و حیث یکون غائبا یکون علی حجته، فان حضر و أثبت بطلان دعوی المدعی سقطت الدعوی کما سیجیء فی محله ان شاء اللّه تعالی.

و حیث یجب علی الحاکم إحضار الخصم فعلی من تکون مؤنه الإحضار؟ هل علی الحاکم أو علی المدعی أو علی المدعی علیه؟ فی المره الأولی المؤنه علی المدعی لانه الملتمس للإرسال خلف خصمه فعلیه المؤنه، لان عمل الرسول محترم و لم یقصد المجان، الا أن یقال: لما وجب الحکم علی الحاکم فقد وجب علیه دفع مؤنه إحضار المدعی علیه لأنه مقدمه للواجب، فیکون نظیر شراء الماء للوضوء، و لکن الصحیح أن الواجب علی الحاکم هو أصل الحکم.

ثم ان أرسل الیه و أبلغه الرسول إحضار الحاکم إیاه، فإن أجاب فهو و الا فیرسل إلیه أحد عماله للمره الثانیه، فان لم یجب أجبر علی الحضور، فعلی من تکون المؤنه فیما عدا المره الأولی؟ قال الشهید الثانی فیه وجهان، من أن الملتمس هو المدعی فتکون المؤنه علیه، و من أن الموجب لهذه المؤنه هو الخصم لاستنکافه عن الحضور فعلیه المؤنه.

أقول: مقتضـى القاعده الأوليه توجه المؤنه الى الملتمس، و أما توجهها الى الخصم الممتنع فيتوقف على كونه السـبب الأقوى فى لزوم المؤنه و الضـرر، و الظـاهر أن المـدعى هنـا هو السـبب للضـرر اختيارا، و ليس امتناع الخصم عن الحضور أقوى فى السـببيه للضرر.

و فى الجواهر: لا يمكن مطالبه المدعى بالضرر لانه لا جعاله و لا اجاره، و أما الخصم فلا وجه لمطالبته، قال: بل فى المره الأولى كذلك لا يجب على المدعى دفع المؤنه. و فيه: أنا قد ذكرنا سابقا أن عمل المسـلم محترم و المفروض عدم إتيانه العمل بقصـد المجان فحيث كان الملتمس هو المدعى فعليه دفع المؤنه.

و أما أن يصبر الحاكم حتى آخر الدعوى فيأخذ المؤنه كلها من المحكوم عليه، فاستحسان عقلى لا دليل عليه.

قال المحقق: «و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه (۱)) فهى كالرجل و ان كانت مخدره بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها و بين غريمها» .

أقول: وجه هذا كله واضح لا يخفى.

کیفیّه مجلس الحکم

اشاره

و فیها مقاصد: «الأول» فی وظائف الحاکم.

«الثانی» فی مسائل متعلقه بالدعوی.

«الثالث» فی جواب المدعی علیه.

«الرابع» فی کیفیه الاستحلاف.

ص:۲۴۷

(المقصد الأول (فی وظائف الحاکم))

اشاره

المقصد الأول (فی وظائف الحاکم)

(الأولی: التسویه بین الخصمین.)

الأولی: التسویه بین الخصمین.

قال المحقق: «التسویه بین الخصمین فی السلام و الجلوس و النظر و الکلام و الإنصات و العدل فی الحکم» .

أقول: جعله التسویه بین الخصمین من الوظائف ظاهره الوجوب و به صرح فی الجواهر (۱)) .

قال: «و لا تجب التسویه فی المیل بالقلب لتعذره غالبا» .

أقول: و أما ما ورد عن الامام الباقر علیه السلام من أنه «کان فی بنی إسرائیل قاض و کان یقضی بالحق فیهم فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا مت فاغسلینی و کفنینی و ضعینی علی سریری و غطی وجهی فإنک لا ترین سوءا، فلما مات فعلت ذلک ثم مکث بذلک

حینا، ثم انها کشفت عن وجهه لتنظر الیه فإذا هی (هو)بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلک.

فلما کان اللیل أتاها فی منامها فقال لها: أفزعک ما رأیت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن کنت فزعت ما کان الـذی رأیت إلا فی أخیک فلان، أتانی و معه خصم له، فلما جلسا الی قلت:

اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء علی صاحبه، فلما اختصـما الیّ کان الحق له و رأیت ذلک بینا فی القضاء، فوجهت القضاء له علی صـاحبه، فأصابنی ما رأیت لموضع هوای کان مع موافقه الحق» (۱)) فقد حمله صاحب الجواهر علی ضـرب من الحث علی المراتب العالیه (۲)) .

قال: «هذا کله مع التساوی فی الإسلام أو الکفر.» .

أقول: أی انما تجب التسویه-علی القول بها-مع التساوی

ص:۲۵۰

بين الخصـمين فى الإسـلام أو الكفر أى كونهما مسـلمين أو كافرين، و أما إذا كان أحدهما مسـلما جاز أن يكون الذمى قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا، قال فى الجواهر «بلا خلاف، بل فى الرياض أنه كذلك قولا واحدا» (۱)) .

قلت: أما العدل فى الحكم فلا خلاف بين المسـلمين فى وجوبه حتى لو كان أحد الخصـمين مسـلما و الأخر كافرا، و هو صـريح الكتاب (۲)) .

ص:۲۵۱

و الاخبار المستفيضه ان لم تكن متواتره (۱)) . هذا إذا لم يكن فى الحكم ضرر، و أما إذا كان فيه ضرر فان كان الضرر المترتب متوجها الى حياه الحاكم، بمعنى أنه لو حكم بالعدل فى القضيه وقعت حياته فى خطر ترك الحكم بالعدل، و لكن ليس له الحكم بالباطل، و ان استلزم الحكم ضررا على المدعى عليه زائدا على أصل ما يقتضيه لم يجب عليه إصدار الحكم حينئذ، و ان استلزم ضررا على المدعى فان كان باختيار نفسه فالأمر واضح، و ان كان الضرر يتوجه اليه فيما إذا حكم له الحاكم من قبل المحكوم عليه فلا يجب على الحاكم الحكم كذلك.

و ان تعارض ضرران على أثر حكم كضرر الحاكم و ضرر المحكوم عليه مثلا، فقيل: مقتضى قاعده نفى الضرر أن يحكم الحاكم بحيث يندفع الأشد، و فيه: ان مقتضى القاعده أن لا يحكم الحاكم فى القضيه أصلا.

و أما التسويه بين الخصمين المسلمين أو الكافرين فى الأمور

الأخرى كالسلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و نحو ذلک ففی وجوبها خلاف، ففی المسالک نسبه الوجوب إلی الأکثر، بل ادعی علیه الشهره، و قد یستدل له بقوله تعالی «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۱) و نحوه، بناء علی أن التسویه بینهما فی هذه الأمور أیضا من مقدمات الحکم، فیکون معنی الآیه وجوب العداله فی الحکم و مقدماته.

بل قیل بوجوب التسویه بینهما فی رد السلام، فان سلم أحدهما قبل الأخر صبر حتی یسلم الأخر فیرد علیهما معا مره واحده بقوله:

«و علیکما السلام» الا إذا طالت المده عرفا فیرد السلام علی الأول حینئذ.

أقول: لکن استفاده وجوب التسویه بینهما فی هذه الأمور من الآیه الکریمه مشکله.

و استدل أیضا بروایات علی وجوب التسویه:

(۱) محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن الحسن ابن محبوب عن عمرو بن أبی المقدام عن أبیه عن سلمه بن کهیل قال: سمعت علیا علیه السلام یقول لشریح. «. ثم واس بین المسلمین بوجهک و منطقک و مجلسک حتی لا یطمع قریبک فی حیفک و لا ییأس عدوک من عدلک.» (۲) .

ص:۲۵۳

۱- ۱) سوره ص:۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۵.

و هـذه الروايه يبتنى اعتبار سـندها على القول بتصـحيح ما يصـح عن أحد الرواه الذين عرفوا بأصـحاب الإجماع فلا تقدح جهاله الراوى الذى هو بعده، و هنا فى سند هذه الروايه من أصحاب الإجماع: «الحسن بن محبوب» (۱)) و لولاه فهى غير معتبره لوجود «سلمه بن كهيل» فيه.

و من حيث الـدلاله قـال المحقق العراقى «قـده» : يسـتفاد من تعليله عليه السـلام التسـاوى بهـذا المعنى عـدم وجوبه و كون الأمر إرشاديا، فلو حكم بالعدل واقعا و علم الخصمان بذلك و اطمأنا بذلك لم يلزم مراعاه هذه الأمور و كان فى سعه بالنسبه إليها.

ص:۲۵۴

أقول: و مـا ذكره «قـده» يتم بنـاء على كون «حتى» تعليليه، و أمـا بناء على كونها غائيه و أن الامام عليه السـلام قـد ألزمه بالتسويه حتى لاـ يطمع. فلا، و الظاهر هو الثانى، و لو سـلمنا كلامه فإن العله لا ترفع الحكم، فلو قال: لا تشـرب الخمر لانه مسـكر لم يكن معناه عـدم الحرمه عنـد عـدم الإسـكار، بل يحرم شـربه حتى قليله الذى لا يسـكر و حتى إذا مزج بالماء كما روى فعله من بعض خلفاء الجور.

(۲) عن أبى عبد اللّه عليه السـلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السـلام لعمر بن الخطاب: «ثلاث ان حفظتهن و عملت بهن كفتك مـا سواهن و ان تركتهن لم ينفعك شـىء سواهن. قال: و ما هن يا أبا الحسن؟ قال: اقامه الحـدود على القريب و البعيـد و الحكم بكتاب اللّه فى الرضا و السخط و القسم بالعدل بين الأحمر و الأسود. قال عمر:

لعمرى لقد أوجزت و أبلغت» (۱)) .

قال بعض المعاصرين: ان قوله عليه السلام: «ان حفظتهن

و عملت بهن کفتک ما سواهن، و ان ترکتهن لم ینفعک شیء سواهن» یفید عدم لزوم شیء آخر وراء ما ذکر (۱)) .

و فیه: ان کانت الأخبار الداله علی وجوب تلک الأمور معتبره سندا و دلاله لم یجز لنا رفع الید عن مدالیلها بهذه الروایه، و المراد من هـذه الروایه التأکیـد علی أهمیه هـذه الأمور الثلاثه، علی أن من الواضح وجود أمور لا ریب فی حرمه فعلها أو ترکها علی القاضی لم یذکرها الامام علیه السلام فی هذه الروایه فتکون نظیر قوله تعالی:

«إِنْ تَجْتَنِبُوا کَبائِرَ ما تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُکَفِّرْ عَنْکُمْ سَیِّئاتِکُمْ» (۲)) فإنه لا یقتضی خروج الصغائر عن کونها معاصی منهی عنها.

۳-السکونی عن أبی عبـد اللّه علیه السـلام قال قال أمیر المؤمنین علیه السـلام: «من ابتلی بالقضاء فلیواس بینهم فی الإشاره و فی النظر و فی المجلس» (۱)) .

ص:۲۵۶

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۲۱.

۲- ۲) سوره النساء:۳۱.

و الأمر ظاهر فی الوجوب.

۴-السکونی عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «ان رجلا نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام فمکث عنده أیاما ثم تقدم إلیه فی خصومه لم یذکرها لأمیر المؤمنین علیه السلام فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم.

قال: تحول عنا فان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم نهی أن یضاف الخصم الا و معه خصمه» (۱) .

فان المستفاد منه لزوم ترک کل أمر ینتزع منه الحب و الاختصاص و اللطف لأحد الخصمین دون الأخر.

۵-عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال:

«إذا تقدمت مع خصم الی وال أو الی قاض فکن عن یمینه. یعنی عن یمین الخصم» (۲) أی کن الی جنبه من طرف یمینه.

هذا، و قد اختار فی الجواهر تبعا لجماعه استحباب التسویه، فقال-بعد أن أورد بعض هذه الاخبار و ذکر کلام صاحب الریاض فی اعتبار أسانیدها و حجیه بعضها: «الا أنه لا یخفی علیک ما فیه من دعوی اعتبار أسانیدها و حجیه بعضها، لانه مبنی علی أنه ان کان فی السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدح جهاله الراوی بل و فسقه، و التحقیق خلافه. و حینئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها اراده ضرب من الندب و الکراهه کما

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۷ بالإسناد المتقدم.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹. و هو خبر صحیح.

سمعت الفتوى بها فى إضافه أحد الخصمين مشكل، خصوصا مع ظهور خبر سلمه فى إراده بيان الآداب فى أحوال القاضى لا خصوص المتخاصمين الذى هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقيقيه.» .

أقول: المراد من التسويه هى التسويه العرفيه لا الحقيقيه، و حيث أن القول بالوجوب قد حكى عليه الشهره المطلقه بين الأصحاب و هى الجابره لضعف بعض هذه النصوص مع تصحيح بعضها الأخر بوقوع أحد أصحاب الإجماع فى سنده فالأظهر هو الوجوب، و مع التنزل فلا يترك الاحتياط.

و بما ذكرنا يندفع ما قاله بعض المعاصرين من أن إيجاب التسويه يورث الوحشه فى الحاكم و يوقعه فى الحرج (۱)) .

هذا، و الظاهر أن ذكر تلك الأمور فى هذه الروايات هو من باب التمثيل فلا مانع من التعدى منها الى غيرها، بل ان المستفاد من قوله عليه السلام «حتى لا يطمع قريبك فى حيفك و لا ييأس عدوك من عدلك» هو لزوم ترك كل أمر يورث طمع القريب فى حيفه و يأس البعيد من عدله.

الوظيفه الثانيه

(ترک تلقين أحد الخصمين)

قال المحقق: «لا يجوز أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۲۰.

على خصمه، و لا أن يهديه لوجوه الحجاج» .

أقول: ذكروا أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، فمثلا قد يطرح المدعى دعواه بحيث يحتاج إلى إقامه البينه عليها، فيلقنه طرحها على النحو الذى لا يحتاج إليها، أو أن يقول المنكر للمدعى «أعطيتك طلبك» فيكون مدعيا يحتاج إلى البينه على إعطائه الطلب، فيلقنه الحاكم أن يقول «لا تطلبنى» فيكون منكرا لا يحتاج إلى إقامه البينه، و قد ذكر المحقق الدليل على ذلك بقوله: «لان ذلك يفتح باب المنازعه و قد نصب لسدها» .

أقول: و لكن هذا لا يكون دليلا لعدم جواز التلقين فى جميع الموارد، بل التلقين قد يؤدى الى سرعه حل النزاع و سد باب المخاصمه فى بعض الموارد فالدليل أخص من المدعى. هذا أولا.

و ثانيا: فتح باب المخاصمه فيما إذا ساعد على ظهور الحق و واقع القضيه غير محرم، فالصحيح عدم الحرمه (۱)) إلا إذا استلزم التلقين

ضررا أو كان منافيا للتسويه بناء على وجوبها، و لم أجد فى النصوص ما يقتضى حرمه التلقين بخصوصه.

هـذا، و لاـ مـانع من الاسـتفسار، بـأن يسـأله عن الخصوصـيات لغرض العثور على الحق و وضوح الحكم إلا إذا اسـتلزم ضـررا أو خالف التسويه كذلك.

الوظيفه الثالثه

(أمر الخصمين بالتكلم)

قال المحقق «قده» : «إذا سكت الخصمان استحب أن يقول

ص:۲۶۰

لهما: تكلما أو ليتكلم المدعى، و لو أحس منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك» .

أقول: لم أجد نصا يقتضى استحبابه، و الظاهر أنه أمر أخلاقى مستحسن عقلا (١)) .

قال: «و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الأخر» .

أقول: هذا لأنه ينافى التسويه، لكن بناء على وجوبها يكون مواجهه أحدهما بالخطاب دون الأخر غير جائز لا مكروها (٢)) ، اللهم

الا إذا کان ذلک بحیث لا ینافی التسویه مثل ما إذا کان أحدهما حاضرا قبل الأخر و هو لا یعلم بکونهما خصمین.

الوظیفه الرابعه

(ترغیب الخصمین فی الصلح)

قال المحقق: «إذا ترافع الخصمان و کان الحکم واضحا لزمه القضاء، و یستحب ترغیبهما فی الصلح.» .

أقول: فی صوره وضوح الحکم یلزمه القضاء و لا سیما مع المطالبه به.

و الترغیب فی الصلح حینئذ معناه أن یتراضیا-بترغیب من القاضی-بعدم صدور الحکم و بفصل الخصومه بالمصالحه (۱)) ، لکن المحقق رحمه اللّه یقول فی الوظیفه السابعه-کما سیأتی-: «و یکره للحاکم أن یشفع فی إسقاط حق أو إبطال» ، الا أن یجمع بین کلامیه بأن ترغیبهما فی الصلح هو قبل الحکم و فی صوره جهلهما

به، و أما بعد ما حكم و علم به يكره أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال.

بل يجب على القاضى ذلك فى موارد، و من الموارد التى على القاضى الترغيب فى المصالحه فيها هو فيما إذا نصب قاض للقضاء بين الناس و هو يعلم بعدم عداله نفسه، فإنه لا يجوز له الحكم فى هذه الحال، بل عليه ترغيب المتخاصمين فى المصالحه أو حل النزاع بينهما بنقل الفتوى أو نحو ذلك من الطرق، ثم إرجاع النظر فى القضيه و الحكم فيها الى الحاكم الجامع للشرائط ان لم يتوافقا على الصلح.

هذا و أما مع عدم وضوح الحكم فلا يجوز التعجيل فى الحكم بل يستحب إحضار العلماء و الفضلاء فى مجلس الحكم و التشاور معهم حتى يقل الاشتباه و الخطأ مهما أمكن.

الوظيفه الخامسه

(رعايه العداله فى ورود الخصوم عليه)

قال المحقق «قده» : «إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول، فإن وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج الى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتنحصر الحكومه معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر و يخرج رقعه رقعه ثم يستدعى صاحبها، و قيل: انما يكتب أسماءهم مع

تعسر القرعه بالكثره» .

أقول: اذن فی المسأله أقوال متعدده، لکن المشهور-کما عن المسالک-هو القول الأخیر (۱)) .

الوظیفه السادسه

(عدم سماع دعوی المدعی علیه حین إقامه المدعی دعواه)

قال المحقق: «إذا قطع المدعی علیه دعوی المدعی بدعوی لم یسمع حتی یجیب عن الدعوی و تنتهی الحکومه ثم یستأنف هو» .

أقول: إذا أقام أحد المتداعیین دعواه کان وظیفه القاضی الاستماع لها، فلو تکلم الأخر فی خلال دعواه لم یسمع کلامه، ثم عند ما تنتهی دعواه یسکت هذا و یبدأ ذاک، و ذلک لاحقیه السابق فی الحقوق المشترکه مطلقا، أی سواء فی القضاء أو الفتوی أو الدرس، فان الأسبق أحق، و کذا الأمر فی الأموال المشترکه فمن سبق الی مکان مشترک فهو أحق به.

و هل لو خالف الحاکم ذلک ضمن-بالإضافه إلی المخالفه للوظیفه الشرعیه-؟ فیه تردد.

و لو أسقط السابق حقه سقط.

و هذا المعنی لا یختص بمورد الخصومه، فلقد کان من سیره

النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه إذا کلمه أحد لا یستمع الی کلام غیره حتی یتم الکلام مع الأول الا بإذنه.

الوظیفه السابعه

(استماع دعوی الذی علی یمین صاحبه)

قال المحقق: «إذا بدر أحد الخصمین بالدعوی فهو أولی و لو ابتدرا بالدعوی سمع من الذی علی یمین صاحبه» .

أقول: لا ریب فی أولویه من بدر من الخصمین بالدعوی بإیراد دعواه، و لو ابتدرا معا ذکروا: أنه یسمع الحاکم من الذی علی یمین صاحبه (مع أنهم قالوا فی مسأله ورودهما معا علیه بالقرعه) ، و قد استندوا فی ذلک الی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام: «قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم أن یقدم صاحب الیمین فی المجلس بالکلام» (۱) . و یؤیده صحیحه عبد اللّه بن سنان المتقدمه سابقا: «إذا تقدمت مع خصم الی وال أو الی قاض فکن عن یمینه-یعنی: عن یمین الخصم» (۲) بناء علی عود الضمیر الی الخصم.

و عن الشیخ فی المبسوط نسبته إلی روایه أصحابنا، ثم ذکر الأقوال فی المسأله ثم قال: «و بعد ما رویناه القرعه أولی» ، و عن

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۶۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹.

الخلاف قوه القول بالقرعه، قال: «لانه مذهبنا فی كل أمر مجهول» .

قلت: القول بتقديم الحاكم من شاء منهم-بعد الروايه- هو الأولى، لأنه بناء على كون الاستماع وظيفه شرعيه فحيث لا يمكنه الاستماع لهما معا للتزاحم كان الحكم هو التخيير عقلا، و معه لا جهاله حتى يرجع الى القرعه. لكن المتعين هو العمل طبق النص الموجود فی المقام.

قال: «و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر» .

أقول: لكن هذا فی صوره حل النزاع بذلك، و أما لو توقف على الاستماع منهما فلا أثر لتقديم المسافر سواء كانا متداعيين أو لا و العجب من الشراح كيف لم يلتفتوا الى هذه النكته. نعم هذا الفرع يفيد فی صوره تعدد الدعوى، فإنه إذا استضر أحد طرفی إحداهما قدمت تلك الدعوى دفعا للضرر.

قال المحقق: «و يكره للحاكم أن يشفع فی إسقاط حق أو إبطال» .

أقول: قد ذكرنا طريق الجمع بين هذه العباره و عبارته السابقه فی الوظيفه الرابعه.

ص:۲۶۶

المقصد الثانی

المسأله الأولی

(هل تسمع الدعوی المجهوله؟)

قال المحقق «قده» : «قال الشیخ: لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهوله، مثل أن یدعی فرسا أو ثوبا، و یقبل الإقرار المجهول و یلزم تفسیره، و فی الأول إشکال» (۱)) .

ص:۲۶۷

أقول: وجه الاشـكال عدم الفرق بين الدعوى و الإقرار فى ذلك و قد اسـتدل القائلون بالفرق بعدم الفائده من الدعوى إذا كانت مجهوله. و أورد عليه بأن الإقرار كذلك، فإن الزم بالتفسير فليلزم المدعى بتفسير دعواه المجهوله. و ذكر بعضهم فى وجه الفرق: ان أثر الإقرار ثبوت حق للمقر له و لو إجمالا ـ عنـد الحـاكم فلو لـم يسـمعه لضـاع هـذا الحق، فعليه أن يسـمعه حتى يمكنه إلزامه بالتفسـير فإذا لم يسـمعه لم يفسـر، بخلاف المـدعى للدعوى المجهوله فإنه إذا لم يرتب الحاكم أثرا على دعواه المجهوله اضـطر بنفسه الى التفسير، لأنه يدعى حقا لنفسه عند المدعى عليه. و أشكل عليه بأن مجرد هذا

لا يكفى لدفع الإيراد بأن وظيفه الحاكم هو الحكم و هذا متوقف على استماعه بلا فرق بين الدعوى و الإقرار.

و يمكن أن يقال: بأن الفرق هو أنه بالإقرار يقطع الحاكم بالحق فيحكم به و يلزم المقر بالتفسير، و أما فى الدعوى المجهوله فإن أصل الحق مشكوك فيه، و حينئذ فليس على الحاكم إلزامه بالتفسير فان شاء المدعى أن يفسر فهو. و لكنه أيضا لا يكون جوابا، فان القضاء واجب على الحاكم، سواء فى المورد المقطوع بها و المشكوك فيها.

و قال صاحب الجواهر بعد ذكر الوجوه المذكوره و الاشكال فيها: «فالتحقيق أن يقال: لا ريب فى عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه التى من أفرادها ما لا يقبل الدعوى. أما المجهوله التى كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه فلا مانع من قبولها وفاقا لأكثر المتأخرين أو جميعهم الا النادر.» أقول: ذكر هذا الشيخ فى المبسوط، و لعل وجهه دعوى انصراف الإطلاقات الوارده فى القضاء عن المورد الذى لا يفسر فيه المدعى دعواه. و هنا تاره عند ما يطالب بالتفسير يترك الدعوى و يرفع اليد عنها فلا كلام. و أخرى يدعى النسيان لخصوصيات مورد الدعوى فيطالب المدعى الحاكم بالسؤال من المدعى عليه فيقول «اسألوه فان لم يقر فلا دعوى» ، فهنا الظاهر وجوب السؤال من المدعى عليه. فدعوى الانصراف فى الشق الأول صحيحه دون الثانى.

ثم قال الشيخ: «هذا كله ما لم يكن وصيه فأما ان كانت وصيه

ص:۲۶۹

سمع الدعوی فیها» .

أقول: لما تقرر فی کتاب الوصیه من أنه یصح الوصیه بالمجهول و قد بحثوا هناک عن مقدار ما إذا أوصی ب «شیء» أو «شیء کثیر» أو «جزء من المال» و نحو ذلک، حیث یدل ذلک علی صحه الوصیه بالمجهول.

قال الشیخ «قده» : «و الفصل بینها و بین سائر الحقوق. ان تملیک المجهول بها یصح فصح أن تدعی وصیه، و لیس کذلک غیرها لان تملیک المجهول به لا یصح» .

أقول: لا ریب فی جواز تملک المال المجهول کما و کیفا، و هل یجوز تملیکه؟ نعم یجوز تملیکه هبه کأن یعطیه صندوقا قائلا له: وهبتک الصندوق بما فیه، أو وصیه، فان ادعی تملیک شیء مجهول لا بالوصیه و الهبه و الصلح لم تسمع دعواه لعدم جواز تملیک المجهول بغیر هذه الأمور.

و حیث أن الإقرار بالمجهول مسموع فهل دعوی الإقرار کذلک مسموعه أیضا؟ قیل: نعم لوجود الفائده، و فی الجواهر عن الدروس فیه وجهان، و ذکر للعدم عدم إیجاب هذا الإقرار حقا لأن الإقرار لا یثبت المقر فیه، و أجاب عنه فی الجواهر: بأنه لما ثبت إقراره بالدعوی أثبت الإقرار المقر فیه، و لا فرق فی ترتب الفائده و وجودها بین کونه مع الواسطه أو بدونها، فالصحیح أنه بناء علی الاستماع لا فرق.

ص:۲۷۰

المسأله الثانيه

(هل يشترط الجزم فى الدعوى؟)

قال الشيخ «قده» : «فان كانت أثمانا فلا بد من ثلاثه أشياء يكون بها معلومه و هو: أن يذكر القدر و الجنس و النوع. فان كان هناك خلاف فى صحاح أو مكسره فلا بد من أن يقول: صحاحا أو مكسره، لأن التفاوت كثير فى كل هذا. قالوا: أ ليس لو باع ثوبا بألف مطلقا انصرف الى نقد البلد؟ هلا قلتم يسمع الدعوى مطلقا و ينصرف الى نقد البلد؟ قلنا: الفصل بينهما أن الدعوى اخبار عما كان واجبا عليه و ذلك يختلف فى وقت وجوبه باختلاف الازمان و البلدان، فلهذا لم يسمع منه الا محرره، و ليس كذلك الشراء لأنه إيجاب فى الحال، فلهذا انصرف الى نقد البلد كقيم المتلفات، فوزان الدعوى من الشراء أن يكون فى البلد نقود مختلفه فحينئذ لا يصح أن يطلق الثمن و لا بد أن يكون موصوفا. هذا إذا كانت أثمانا.

فأما ان كانت من غير الأثمان لم يخل من أحد أمرين: اما أن يكون عينا قائمه أو تالفه، فإن كانت عينا قائمه نظرت فان كانت مما يمكن ضبطها بالصفات كالحبوب و الثياب ضبطها و طالب بها، و ان ذكر القيمه كان تأكيدا. و ان لم يذكرها جاز لان الاعتماد على ضبط الصفات. و ان كانت العين مما لا يمكن ضبط صفاتها كالجواهر

ص:٢٧١

و نحوها ذكر قيمتها. و أما ان كانت تالفه نظرت فان كان لها مثل كالحبوب و الادهان و الاقطان وصفها و طالب بها لأنها يضمن بالمثل، و ان لم يكن لها مثل كالعبيد و الثياب فلا بد من ذكر القيمه» .

قال المحقق: «و فى الكل الإشكال ينشأ من مساواه الدعوى بالإقرار» .

ثم قال «قده» : «و لا بد من إيراد الدعوى بصيغه الجزم.» .

أقول: فسر صاحب الجواهر «قده» كلام المحقق بقوله:

«التى يستدل بها على جزم المدعى بما يدعيه كما عن الكافى و الغنيه و الكيدرى و ظاهر الوسيله بل فى الكفايه نسبته إلى الشهره» و علل قول المحقق: «فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع» بقوله: «لان من لوازم الدعوى الصحيحه إمكان رد اليمين على المدعى و هو منتف، و للقضاء بالنكول فيها مع يمين المدعى أو عدمه و هو منتف هنا أيضا» أى: لا فرق بين النكول و الرد، و حيث أن كلا منهما منتف هنا يظهر أن هذه الدعوى ليست صحيحه. هذا توجيه منه لكلام المحقق.

قال فى الجواهر: «و لعدم صدق الدعوى عليه عرفا» أى:

لأن الدعوى هو الاخبار عن جزم.

قال المحقق «قده» : «و كان بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمه و يحلف المنكر. و هو بعيد عن شبه الدعوى» .

أقول: مراده هو الشيخ نجيب الدين محمد بن نما الحلى، و فى الجواهر عن بعضهم التفصيل بأنها تسمع فى مثل القتل و السرقه

و نحوهما من الأمور التى يعسر الاطلاع عليها و لا يمكن الجزم فيها بسرعه و لا تسمع فى غيرها، و عن الإيضاح: أنه قوى عدم اشتراط الجزم، لكن عن الرياض الجواب عنه بأنه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل انهم بين قولين: اعتبار الجزم و الاكتفاء بالتهمه فى مقامها.

و قال فى المسالك: نبه بقوله إيراد الدعوى بصيغه الجزم على أن المعتبر من الجزم عنده ما كان فى اللفظ، بأن يجعل الصيغه جازمه دون أن يقول: أظن أو أتوهم كذا، سواء انضم الى جزمه بالصيغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و الأمر كذلك فان المدعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر، لأنه إذا كان للمدعى بينه يشهد له بحق و هو لا يعلم به فله أن يدعيه به عليه و ان لم يعلم سببه فى نفس الأمر ما هو.

أقول: كأن ثانى الشهيدين «قده» يريد أن قول المحقق «قده» :

«بصيغه الجزم» و عدم قوله بالجزم القلبى هو لأجل وجوب السماع فى هاتين الصورتين و ان لم يكن يقين قلبى، كما تجوز الشهاده بالحق استنادا إلى الإقرار و ان لم يكن يقين قلبى، و كذا المجتهد يخبر عن حكم اللّه تعالى و يفتى به تاره عن علم و أخرى بالاستناد إلى اماره و ان لم يجزم بذلك الحكم.

لكن الظاهر من الجواهر استظهار أنه لما كان يمكن دعوى الجزم فى الموردين و يجب سماعها و ان لم يكن عن يقين، فإنه إذن يمكن دعوى الجزم فى كل مورد.

أقول: ان كـانت اسـتفاده صـاحب الجواهر من كلاـم المحقق صـحيحه ورد عليه اشـكاله بأن إظهار الجزم بالصـيغه مع عـدمه فى القلب كـذب و تـدليس، و لكن اسـتفاده هـذا المعنى منه غير تـامه، بـل الحق مـا ذكره صـاحب المسالك، و هو الظاهر من قول المحقق «بصيغه الجزم» .

و هل الجزم شـرط للسـماع؟ قال به جماعه بل قيل انه المشـهور، لان من لوازم الدعوى هو الحلف عند رد اليمين، و لان الدعوى لا تصـدق مع عـدمه. و قال فى الجواهر: و التحقيق احاله الأمر إلى العرف، و فى مورد التهمه تصـدق الـدعوى، و لو سـلم عـدمه يصـدق التشـاجر و التخـاصم، و مع صـدق الـدعوى شـملتها عمومات وجوب الحكم، ثم استشـهد رحمه اللّه بالأخبار الوارده فى تهمه القصار و نحو ذلك (١)) .

ص:٢٧۴

و أما استدلال صاحب الرياض علیه بأن الدعوی توجب التسلط علی الغیر بالإلزام بالإقرار أو بالإنکار أو التغریم و هو ضرر علیه منفی، ففیه أنه قد یوجب عدم سماعها الضرر علی المدعی.

و أما لزوم رد الیمین فان ذلک غیر لازم فی موارد کثیره و عن المحقق العراقی «قده» الاستدلال بالأخبار الوارده فی القصار و الصباغ لجواز الدعوی المجهوله التی قامت الاماره علی تهمه المدعی علیه، فان تم هذا الحمل بالنسبه إلی تلک الأخبار فإن التمسک بالعمومات لا مانع منه، و لو شک فی تخصیصها فالأصل عدمه (۱)) .

أحلفته» (۳) خبر أبی بصیر عنه علیه السلام أیضا: «لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک الا أن یکونوا متهمین فیخوف بالبینه و یستحلف لعله یستخرج منه شیئا» و هذه الاخبار و نحوها تجدها فی الباب (۲۹) من أبواب کتاب الإجاره من وسائل الشیعه:۱۳-۲۷۱. ثم انه أجاب عن الاستدلال بهذه الاخبار بنحو ما سینقله السید الأستاذ دام بقاه عن المحقق العراقی.

و فی المستند: إذا كانت الدعوی بحیث لا- یترتب علیها فائده فلا تسمع، مثل أن یعلم من قبل انه لن یقر و لا یحلف و لا یرد الیمین- بناء علی عدم الحكم بمجرد النكول-فلا تسمع هذه الدعوی، بخلاف ما إذا علم بترتب فائده علیها.

ص:۲۷۶

المسأله الثالثه

(فی حکم مطالبه المدعی علیه بالجواب)

قال المحقق «قده» : «إذا تمت الدعوی هل یطالب المدعی علیه بالجواب أو یتوقف ذلک علی التماس المدعی؟ فیه تردد، و الوجه أنه یتوقف لانه حق له فیقف علی المطالبه» .

أقول: إذا حرر المدعی دعواه و المدعی علیه حاضر فهل علی الحاکم أن یطالب بالجواب من المدعی علیه أو لا یطالبه به الا بعد التماس المدعی ذلک؟ لا إشکال فی جواز مطالبه الحاکم الجواب من المدعی علیه و ان لم یلتمس منه المدعی ذلک، إلا إذا رفع المدعی الید عن حقه، فلا- موضوع لمطالبه الحاکم الجواب من المدعی علیه، فان لم یسقط حقه و لکن لم یلتمس من الحاکم المطالبه بالجواب فلا یجب کذلک، فان التمس وجب علی الحاکم ذلک عند الأکثر لأن ذلک مقدمه للقضاء الواجب فیجب. و یمکن الخدشه فی ذلک بأنه لیس القضاء موقوفا علی جواب المدعی علیه فی کل مورد بل للحاکم أن یطالب بإقامه البینه من المدعی فان أقامها حکم. هذا أولا- و ثانیا: لو فرض توقف الحکم علیه و أنه قد یقر بالحق فلا حاجه الی البینه، فما الدلیل علی وجوب تحصیل موضوع القضاء و مقدمته علی الحاکم؟ و فی المبسوط ذکر فی المسأله قولین، ثانیهما: عدم التوقف،

ص:۲۷۷

قال: ان نفس طرح الدعوى عند الحاكم مطالبه بالجواب. و قد نقله صاحب الجواهر عن المسالك و قال: ان هذا لا ينفى التوقف، و استدل فى الجواهر لعدم التوقف بأمرين: أحدهما: الأصل، و الثانى: كون ذلك حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات.

أقول: هل للحاكم فى مقام الدعوى حق على المترافعين مجعول شرعا، فيكون ذا حق على المدعى عليه ليطالبه بالجواب على دعوى المدعى؟ ان هذا مشكل، و لعل مراده من الحق هو الولايه و السلطنه على المترافعين لفصل الخصومه. و هذا صحيح لكن موضوع وجوب القضاء هو مطالبه المدعى بذلك، فان لم يطالب فهل يجب ذلك على الحاكم من باب الولايه؟ لا وجه للوجوب، نعم له ذلك لغرض فصل الخصومه و حسم النزاع.

و أما الأصل: فإن مقتضاه عدم حرمه مطالبه المدعى عليه بالجواب، اللهم الا أن يريد من الأصل ان مقتضى الإطلاقات و العمومات وجوب القضاء بعد مطالبه المدعى عليه بالجواب، و مع الشک فى شرطيه التماس المدعى من الحاكم مطالبته به فالأصل عدمها، و يكون مرجع ذلك الى تخصيص أدله وجوب القضاء و الأصل عدمه.

و كيف كان فإنه يبقى عليه أنه ان أسقط المدعى حقه فلا خصومه حتى ترفع، و الا فان لم يطالب بالجواب فعلا فلا وجه لذلك بالنسبه إلى الحاكم و ان قلنا بإطلاق أدله القضاء، فيبقى صوره التماس المدعى. و هنا يمكن أن يقال بأن أدله القضاء لا تشمل هذه الصوره

بـأن يحكم بعـد قيام البينه و لا يطالب المـدعى عليه بشـىء، فان قوله صـلى اللّه عليه و آله و سـلم: «إنما أقضـى بينكم بالبينات و الايمان» و نحوه منصـرف عن مثله، لا سـيما و ان المتعارف من القضاء كونه كذلك، فإن القضاه كانوا يسألون المدعى عليه عن رأيه فى دعوى المدعى.

المسأله الرابعه

(فى حكم الدعوى على القاضى)

قـال المحقق: «لو ادعى أحـد الرعيه على القاضـى، فـإن كـان هنـاك امام رافعه اليه و ان لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولايه، و ان كان فى ولايته رافعه الى خليفته» .

أقول: ان كان النزاع فى زمن حضور الإمام فإنه يرجع اليه، و ان كان فى زمن الغيبه و كان النزاع مع حاكم فإنه يحضر عند حاكم آخر فى عرضه فى ولايته فان لم يكن فى الولايه ففى غيرها و ان كان ذاك الحاكم منصوبا من قبل هذا الحاكم المخاصم.

و الدليل على سماع هذه الدعوى إطلاقات أدله القضاء.

المسأله الخامسه

(فى استحباب جلوس الخصمين بين يدى الحاكم)

قال المحقق «قده» : «يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى

الحاکم، و لو قاما بین یدیه کان جائزا» .

أقول: قال فی مفتاح الکرامه: لما روی عن النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم أنه قضی أن یجلس الخصمان بین یدی القاضی.

و قول علی علیه السلام فیما تقدم: «لو لا أنه ذمی لجلست معه بین یدیک» و أصل البراءه و أصل الإباحه مع ضعف السند و عدم وضوح الدلاله علی الوجوب شواهد علی الاستحباب. و لعل السر أنه أقرب للتسویه و الخطاب معهما أسهل و أمرهما أوضح.

ص:۲۸۰

المقصد الثالث

اشاره

(فی جواب المدعی علیه)

قال المحقق «قده» : «فی جواب المدعی علیه، و هو اما إقرار أو إنکار أو سکوت» .

أقول: جواب المدعی علیه للدعوی التی یقیمها المدعی له صور، و قد أضاف بعض الأصحاب الی ما ذکر المحقق صوره رابعه و هی أن یقول فی الجواب: لا ادری (۱)) ، و أضاف آخر صوره خامسه

ص:۲۸۱

و هی: أن یصرف الدعوی عن نفسه و یوجهها الی غیره کأن یقول فی الجواب: لست أنا طرف الدعوی بل هو فلان.

۱-الإقرار و جمله من أحکامه:

اشاره

قال: «أما الإقرار فیلزم إذا کان جائز التصرف» .

أقول: إذا أقر المـدعی علیه و کان إقراره مطابقا لاعتقاده کان المؤثر هو الاعتقاد، لأنه إذا علم بأن الشـیء المترافع فیه لزید وجب علیه رده الیه عند مطالبته به سواء أقر بذلک بلسانه أو لم یقر، و حیث کان إقراره جامعا لشـرائط الحجیه المذکوره فی محلها فإنه یلزم بمـا أقر به و العمـل علی طبقته، و لکن هل هـذا الإقرار الحجه یتوقف ترتیب الأثر علیه علی حکم الحاکم أو أنه بعـد تمامیه حجیته یترتب علیه الأـثر من قبـل المـدعی بلاـ توقف علی الحکم، و لسـائر النـاس إلزامه من بـاب الأـمر بـالمعروف و النهی عن المنکر کمـا هو الحـال فی الإـقرار الجـامع لشـرائط الحجیه الـذی یترتب علیه الأـثر مع عـدم المرافعه و التحـاکم الی الحـاکم بلا خلاف؟ .

ص:۲۸۲

لا إشكال فی أن فصل الخصومه من آثار الحکم، فمع الحکم لا تسمع دعواه لو عدل عن إقراره أو أنکره بعدئذ، و لو کان ذلک منه قبل الحکم لسمعت دعواه، فهذا الأثر یختص بالحکم، و أما غیر هذا الأثر من الآثار فقد قال جماعه بأن الأحوط عدم ترتیبه حتی یحکم الحاکم، و وجه هذا الاحتیاط هو أنه کما أن فصل الخصومه متوقف علی الحکم فکذلک غیره من الآثار، إذ مع الحضور عند الحاکم و الترافع لدیه یکون الأمر بیده و تتوقف الآثار کلها علی حکمه، و ان قامت الحجه بعد الإقرار للمدعی علی أخذ ما یدعیه، فلا یبعد أن یکون هذا وجه الاحتیاط و ان کان مقتضی إطلاقات الأدله هو الأخذ بالحجه و به قال جماعه.

و یدل علی حجیه الإقرار بناء العقلاء و سیرتهم علی الأخذ به سواء حکم الحاکم أو لا، و قد أمضی الشارع هذه السیره بقوله:

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» (۱)) ، فالإقرار حجه و ان لم یحکم الحاکم، نعم یحتمل أن یکون للحکم موضوعیه فی مورد النزاع، فالأحوط أن ترتب الآثار بعده.

ثم هل البینه کالإقرار أو أن حجیتها متوقفه علی الحکم؟ قال غیر واحد من الأصحاب-بل قیل: انه المشهور-بالفرق بین

الأمرين (۱)) . و أن الإقرار حجه و تترتب علیه الآثار-عدا ما یختص منها بالحکم-بخلاف البینه فلا یترتب علیها أثر مطلقا، فلا یجوز له التصرف فی المال ما لم یحکم الحاکم، فالبینه حجه بعد الحکم فی مقام المرافعه إلی الحاکم، و أما مع عدم الترافع الیه و قیامها فهی حجه و الأثر مترتب علیها.

و قیل: لا فرق بین الإقرار و البینه، فکما أن الإقرار حجه و للمقر له التصرف فی المال و ترتیب الأثر و کذا لغیره باذنه، فکذلک البینه بعد قیامها. نعم یتوقف قطع النزاع علی حکم الحاکم و یکون أثره عدم سماع الدعوی بعد ذلک، فان کانت حجیه البینه متوقفه فی مقام التخاصم علی حکم الحاکم فکذلک الإقرار من دون فرق بینهما.

ثم هل الإقرار تتقدر حجیته بمقدار ضرر المقر أو أنه کالبینه فی الطریقیه إلی إثبات حق المقر له؟ مثلا: إذا أقر بأن لزید علی ذمته کذا من الدراهم یکون إقراره حجه، و أما إذا أقر بالنسبه إلی عین خارجیه بأنها لزید فهل یفید عدم کونها له فقط أو یفید مع ذلک کون

العين لزيد أيضا فيكون الإقرار طريقا إلى مالكيه زيد لتلك العين كالبينه؟ وجهان.

قد يقال بالأول لأن ذلك حد دليل حجيه الإقرار و هو «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» ، و أما كون الشيء لزيد بالخصوص فلا يقتضيه بل يحتاج الى دليل آخر، بخلاف البينه فإن مفاد دليل حجيتها و هو: «انما أقضي بينكم بالبينات و الايمان» كون الشيء لمن أقامها فضلا عن دلالته على عدم كونه للمنكر.

أقول: و الوجه الثاني غير بعيد، فإنه لما يقر بكون الشيء لزيد يلزم بما أقر به-خصوصا بعد حكم الحاكم-و كون الشيء لزيد هو من مصاديق ضرر المقر كذلك، فلا فرق بين البينه و الإقرار من هذه الجهه، و انما ينشأ الإشكال فيما ذكرنا بناء على القول بانحلال الإقرار إلى أمرين: «أحدهما» عدم كون المقر فيه للمقر، و «الأخر» كونه للمقر له، فيقال بكونه حجه في الأول فقط-و هو عدم الملكيه-لأنه مقدار الضرر. و لكن لا وجه لهذا المعنى، بل ان نفس ملكيه زيد للشيء المقر فيه من مصاديق الضرر فيشمله «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» .

و كذلك لا فرق بين الإقرار و البينه في سماع دعوى ثالث لذلك الشيء الذي تنازعا فيه، لان حكم الحاكم يفصل الخصومه بين المترافعين فلا تسمع دعوى أحدهما بعد صدور الحكم من الحاكم في ذلك النزاع، أما بالنسبه إلى دعوى ثالث مالكيه ما أخذه المقر

له أو مقيم البينه فلا يقتضى الحكم عدم سماعها لأنها دعوى جديده يجب سماعها و النظر فيها بحسب الموازين الشرعيه.

و أما اليمين فليس لها حجيه شرعيه بالنسبه الى غير الحاكم، فليست كالبينه و الإقرار فى ترتب آثار الحجيه، بل ان الآثار كلها تترتب عليها بالحكم (۱)) .

هل يحكم عليه من دون مسأله المدعى؟

قال المحقق «قده» : «و هل يحكم به عليه من دون مسأله المدعى؟ قيل: لا لانه حق له فلا يستوفى إلا بمسألته» .

أقول: و هل يحكم الحاكم على المقر قبل مطالبه المقر له بالحكم؟ لا إشكال فى جواز الحكم مع مسأله المدعى، بل قد يجب كما إذا توقف استيفاء الحق على حكمه، بل لا- يبعد الوجوب و ان لم يتوقف عليه، لان الحكم من شأن الحاكم و وظيفته بعد الإقرار و المطالبه و أما الحكم من دون مطالبه المدعى ففيه قولان، فعن المبسوط:

ليس للحاكم الحكم قبل التماس المدعى، و ظاهره الحرمه قال:

لانه حق للمدعى فلا يستوفى إلا بمسألته، أي: فلا يجوز إصدار الحكم قبلها أو مع منعه. و لكن هذا التعليل غير تام، لان كونه

حقا لا ینافی أن لا یکون أداء هـذا الحق موقوفا علی اذنه أو مطالبته و لا یسـتلزم أن یکون حراما بدون ذلک، فالصـحیح الرجوع الی الأدله أو الأصول، و حیث لا دلیل فی المسأله فإن الأصل مع الشک فی الحرمه هو عـدم الحرمه، و مع الشک فی الوجوب فهو عـدم الوجوب الا أن یستفاد الوجوب من إطلاقات أدله الحکم و القضاء-فمقتضی الأصل هو جواز الحکم من دون مسأله المدعی هذا من الناحیه التکلیفیه، و أما وضعا فالأصل مع الشک هو عدم نفوذ هذا الحکم لکن ظاهر مقبوله عمر بن حنظله «فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه.» هو الإطلاق، فلیس الحکم مقیدا بالمطالبه و المسأله من المدعی.

هـذا مع أن الحکم قد یکون حقا للمنکر کما إذا لم یقم المدعی البینه فیحلف المدعی علیه، فان الحکم حینئذ حق للمدعی علیه لا للمدعی. نعم یجوز لمن کان حقا له أن لا یطالب بحقه أو یسقطه ان کان قابلا له.

اذن یمکن القول بجواز الحکم مع عـدم المطالبه، الا أن یقال بوجوبه حینئذ أیضا تمسـکا بإطلاقات الایات و الروایات فیقال بأن الحکم وظیفه الحاکم بعد تمامیه المقدمات سواء سئل بذلک أو لا، و أما مع المطالبه فالحکم واجب بلا کلام.

قال: «و صوره الحکم أن یقول: ألزمتک.» .

أقول: کل لفظ ظاهر فی الحکم صدر بقصد الإنشاء فهو الحکم و أما «ثبت عندی» و نحوه فلیس صوره له لعدم ظهوره فیه.

و هل يتحقق الحكم بالفعل بقصد الإنشاء؟ قيل: نعم، و هو مشكل لعدم تحقق الحكم بالفعل عند أهل العرف، و شمول الإطلاقات له غير معلوم.

حكم كتابه الإقرار:

قال: «و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه.» .

أقول: و حيث حكم فهل يجب عليه كتابه الحكم مطلقا أو فى صوره الالتماس أو لا- يجب؟ قيل: يجب لأن الكتابه من تبعات الحكم و لواحقه فيجب كتابه الحكم حتى يبقى و لا- ينكر أو ينسى، و لأنه ان لم يكتب أضاع حق المقر له، و قيل لا يجب لأن الذى يفصل الخصومه و يقطع النزاع هو الحكم، و أما الكتابه فهى من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر-لا- من آثار الحكم و لواحقه- و حيث كان من باب الأمر بالمعروف لغرض استيفاء الحق و إنقاذه فإن هذا الغرض يتحقق من طرق أخرى أيضا فلا تجب الكتابه.

و قيل: تحرم الكتابه لأنها قد تكون اعانه على الإثم كما إذا أخذ الشخص الكتابه إلى حاكم جور فكانت سبب الظلم لأحد أو ارتكاب محرم من قبل الحاكم الجائر فتكون اعانه على الإثم الصادر منه، و فصّل بعضهم بأنه ان كان إحقاق حق المقر له متوقفا على الكتابه وجبت و الا فلا.

و بناء على وجوب الكتابه فلا يجوز له أخذ الأجره عليها بناء

على عـدم جواز أخـذ الأـجره على الواجبـات، و هو جـائز له بناء على عـدم وجوبها عليه، و حيث لا يجوز له أخـذ الأجره فإنه لا يجوز له أخذ شيء فى مقابل الدواه و القرطاس أيضا، فظهر أن الحكم هنا يتفرع على الحكم فى الفرع السابق.

هـذا، و لو قصـر فى تطبيق القواعـد و الاحكـام أو خالف فى شـيء منها فإنه لا أثر لحكمه حينئـذ و لا نفوذ و ان كان حكمه حقا لقوله عليه السلام «. و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار.» (۱)) إذ من الواضح أنه لا ينفذ حكم من كان من أهل النار، و لعل السـر فى ذلک أن الحکم له جهه تعبـديه و يعتبر فيه قصـد القربه و أن يکون على طبق الاحکام و القواعـد المقرره لذلک من قبـل الشارع، فان لم يکن کـذلک أو کان بالمقـدمات المحرمه لم ينفـذ البته، و عليه فلو حکم بالحق رياء أو طلبا لرضا أحد من المخلوقين لم ينفذ حكمه.

و يحتمـل أن يکون السر فى ذلک اشتراط نفوذ الحکم بکونه صادرا عن المقـدمات الصـحيحه و المشـروعه، فمع انتفاء الشـرط ينتفى المشروط.

و لو شـک فى كون إصـدار الحكم واجبـا تعبـديا أو توصـليا فإن الأصل فى الواجبات هو التعبـديه. و سيأتى مزيـد تحقيق لهـذه المسأله إنشاء اللّه تعالى.

هذا، و لو أجاب الحاكم المدعى بكتابه الإقرار و الحكم لم

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۱.

یکتب حتی یعلم اسمه و نسبه، أو یشهد علی الاسم و النسب شاهدا عدل حتی یأمن الحاکم بذلک من التدلیس بجعل الحکومه بالإقرار أو الشهاده به لغیر من وقع، و قد اتفق حصول هذا التزویر فی زماننا من بعض المزوره، إذ حضر رجلان عند فقیه ورع-و هو مکفوف البصر-و ذکروا عنده أن فلانا حاضر عندکم یقر بأنه قد باع داره لفلان و نحن شهود علی ذلک، فکتب الفقیه المذکور بذلک، ثم ظهر أنه کان تزویرا من الرجلین، و قد أدی الأمر إلی النزاع و الخصومه. إذن یشترط أن یکون الحاکم عارفا للشخص من حیث اسمه و نسبه و الا فیشترط شهاده شاهدین عادلین.

قال المحقق «قده» : «و لو شهد علیه بالحلیه جاز و لم یفتقر إلی معرفه النسب.» .

أقول: و هل یغنی ذکر أوصافه و ملامحه الذاتیه عن ذکر الاسم و النسب قال المحقق: نعم، لکن فی الجواهر عن السرائر الإشکال فی کفایه ذلک، الا أن عباره السرائر تدل علی خلاف ما نسب إلیها فی الجواهر فلیراجع (1)) . و کیف کان فما ذکره المحقق «قده» هو الأظهر لکن یجب ذکر الحلیه بحیث یأمن معه من الاشتباه و التزویر.

ص:290

هل يحبس الممتنع عن أداء الدين؟

و كيف كـان فـان امتثـل المحكوم عليه حكم الحـاكم فهو، و ان امتنع من أداء الحق أجبره الحاكم أو سائر الناس على الأداء من بـاب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و للغريم أن يغلظ له القول و يخاطبه بما يكرهه فى حـدود الشـرع، و لو لم يفـد ذلك كله حبسه الحـاكم بالتماس الغريم لقوله صـلى اللّه عليه و آله و سـلم-فى الخبر الضـعيف المنجبر بعمل الأصـحاب- «لى الواجد بالـدين يحل عرضه و عقوبته ما لم يكن دينه فيما يكره اللّه عز و جل» (1) لكن العقوبه فيه مطلقه فالظاهر إناطتها بنظر الحاكم، الا أن فى جواز حبسه لذلك نص خاص، ففى الموثق: عن أبى عبد اللّه عليه السـلام «ان عليا عليه السـلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ما له بينهم بالحصـص (2)» و فى هـذا الحبس احتمالات، فيحتمل أن يكون عقوبه للمماطله السـابقه منه، و أن يكون تحـذيرا له عن المماطله فيما يسـتقبل، و أن يكون لغرض حمله على الاعتراف بما يملكه من الأموال، و يـدل الخبر المـذكور على أنه بعـد الحبس يؤمر الغريم أو لاـ بـأداء الحق بـأن يقسم أمواله بين الغرمـاء بالحصـص، فان أبى فعلى الامام ذلك بعد بيع ماله، و فى خبر السكونى: «ان عليا

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۳-۹۰ عن مجالس ابن الشيخ.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۳-۱۴۷.

علیه السلام کان یحبس فی الدین ثم ینظر فان کان له مال أعطی الغرماء و ان لم یکن له مال دفعه الی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» (۱) .

بل عن الشیخین فی المقنعه و التهذیب مرسلا: «قال الصادق علیه السلام لقوم من أصحابه: انه قد حق لی أن آخذ البریء منکم بالسقیم، و کیف لا یحق لی و أنتم یبلغکم عن الرجل منکم القبیح فلا تنکرون علیه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتی یترک» فهذا یفید جواز الإیذاء من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، الا أنه لم یذکر حده فی الروایات فیرجع ذلک الی نظر الحاکم.

فالحاصل: انه یلزم أن تکون أحکام القضاه و عقوباتهم مطابقه للأدله الشرعیه و الموازین المقرره الإلهیه، فما تداول فی هذه الأیام من بعضهم من الحکم بالسجن و دفع کذا من المال فی بعض الموارد حکم بل دلیل، و کذا مصادره الأموال، فإنه لم یجعل الشارع هذه العقوبه علی جرم فی الشریعه المقدسه، و لو علم بوجود أموال مغصوبه فی أموال أحد فاللازم استرداد ذلک المقدار فقط و دفعه الی صاحبه أو الی ورثته لا أن یجعل فی صندوق المستضعفین أو یتصرف فیه الحاکم أو غیره تصرفات أخری.

حکم ما لو ادعی الإعسار:

قال المحقق «قده» : «و لو ادعی الإعسار.» .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

أقول: أی لو أقر بالحق ثم ادعی الإعسار، فإن استبان فقره و علم صدق دعواه أنظره لقوله تعالی «وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ» (۱) و للموثق الاتی ذکره و غیره.

قال: «و فی تسلیمه الی غرمائه لیستعملوه أو یؤاجروه روایتان.» .

أقول: قال فی الجواهر: أشهرهما عملا و أصحهما سندا أو أکثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الکتاب روایه الإنظار، یعنی الموثقه:

«ان علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین، فإذا تبین له حاجه و إفلاس خلی سبیله حتی یستفید مالا» (۲) و روایه السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام: «ان امرأه استعدت علی زوجها أنه لا ینفق علیها و کان زوجها معسرا فأبی أن یحبسه و قال: ان مع العسر یسرا» (۳) و مراده من الأصل هو أنه مع الشک فی وجوب کونه أجیرا أو تسلیم نفسه لیؤاجروه حتی یؤدی دینه فالأصل عدم الوجوب، و المراد من الکتاب الآیه الشریفه المذکوره آنفا.

و الروایه الأخری ما رواه السکونی: «ان علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین ثم ینظر فان کان له مال أعطی الغرماء و ان لم یکن له مال دفعه الی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم ان شئتم و أجروه و ان شئتم استعملوه» .

ص:۲۹۴

۱- ۱) سوره البقره:۲۸۰.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۳-۱۴۸.

لکن الشیخ عمل فی النهایه بروایه السکونی، و عن ابن حمزه التفصیل بین ما إذا کان یتمکن من العمل فیستعمل، و ما إذا کان عاجزا.

عن العمل فینظر حتی حصول المیسره.

و قد رجح صاحب الجواهر الاولی علی الثانیه لموافقتها للکتاب، و قیل ان روایه السکونی غیر مخالفه للکتاب حتی ترجح الاولی علیها لان المتمکن من العمل لیس معسرا، و بهذا المعنی صرح العلامه فی المختلف، و لذا لا یستحق الزکاه لأنه واجد للمال بالقوه.

أقول: ان کان لفظ «المعسر» ظاهرا فیمن لیس واجدا للمال فعلا سواء تمکن من تحصیله بسهوله أو لا وافقت الروایه الأولی لظاهر الکتاب، و ان کان ظاهرا فیمن لیس واجدا للمال و لو بالقوه لم توافقه، و الظاهر أن «المعسر» هو الذی لیس عنده مال و لا یمکنه تحصیله، لأن أکثر الناس یحصلون مؤنتهم عن طریق العمل و اجاره أنفسهم فی مختلف الصنائع و الحرف و الأشغال. لکن روایه السکونی تخالف الکتاب من جهه أخری، و ذلک أنها تدل علی تسلیمه الی الغرماء و لیس فی الکتاب دلاله علی ذلک.

و یحتمل أن تکون روایه السکونی موافقه للأصل، فإنه إذا کان مال المدین أقل من حقوق الغرماء أو مساویا لها منعه الحاکم عن التصرف فی ماله مع مطالبه الغرماء لحقوقهم، لان تصرفه فی ماله یوجب الضرر فی حقوق أولئک الا أن یأذنوا بذلک، فلو کان المدین ذا صنعه و حرفه لها مالیه یبذل بإزائها المال و الغرماء یطالبون بحقوقهم

کان علی الحاکم أن یمنعه من العمل لنفسه و تسلیمه الی الغرماء لیستعملوه حتی یستوفوا حقوقهم عن طریق استعماله و تشغیله- کما یمنعه و یحجره عن التصرف فی أعیان أمواله-لأن المفروض مالیه عمله، فتکون روایه السکونی غیر مخالفه للأصل إذ الأصل وجوب حفظ حق الناس کیفما أمکن و المنع عن تضییعه و السعی وراء أدائه.

نعم لا- یجوز حمل المدین علی عمل حرجی أو إجباره علی تحصیل المال عن طریق غیر متعارف کأن تؤمر الامرأه بالتزوج لتأخذ المهر و تقضی الدیون أو یؤمر الرجل بخلع زوجته فیأخذ عوضه و نحو ذلک.

و بما ذکرنا یجمع بین الروایتین بأن من کان ذا صنعه و حرفه یستعمل و یحسب عمله عوضا عن دیونه نظیر من عمل فی بناء المسجد مده و طلب من الفقیه أن یحسب عمله بدلا عن مبلغ معین من سهم الامام علیه السلام فی ذمته، و من لم یکن کذلک و لا یتمکن من عمل مشروع مطابق لشأنه فإنه ینظر حتی حصول المیسره.

هل یحبس حتی یتبین حاله؟

قال المحقق: «و هل یحبس حتی یتبین حاله؟ فیه تفصیل ذکر فی باب الفلس» .

أقول: لو أقر بالحق و ادعی الإعسار و جهل حاله ففی المسأله صور أربع

الصوره الاولى: ان يكون حالته السابقه الإعسار و الدائن يصدقه فى ذلك لكنه يدعى يساره الان و المدين يدعى بقاء حاله الإعسار.

الصوره الثانيه: أن يقر بالدين و باليسار سابقا-أو وجود مال الدائن عنده ان كان أصل الدعوى مالا-لكن يدعى الإعسار الان فيقول له الدائن: أنت على يسارک السابق، أو أن مالى موجود عندک الاذن.

الصوره الثالثه: الجهل بحالته السابقه.

الصوره الرابعه: أن يكون سابقا معسرا تاره و واجدا أخرى.

و تفصيل الكلام فى الصوره الاولى: فى هذه الصوره يجب على الدائن الذى يدعى يسار المدين إقامه البينه على دعواه، لان قول مدعى الإعسار هو الموافق للأصل، فان أقام البينه حكم على المدين بدفع المال و أداء الحق و لا معنى للأنظار، و ان أبى حبس، و ان لم يقم البينه أحلف مدعى الإعسار فإن حلف أنظر، و ان رد اليمين على من يدعى اليسار أحلف، فان حلف حكم على المدين بأداء الحق فإن أدى فهو و الا حبس، و ان امتنع عن اليمين فقيل:

انه مع رد اليمين على المدعى و نكوله يكون النكول سببا للحكم بضرره، لان النكول عن اليمين المردوده هو بمثابه يمين المدعى عليه، و قيل: النكول لا يوجب ذلک و تبقى الدعوى مجمله، و المرجع فى صوره إجمال الدعوى-فى غير مسألتنا-هو الأصول و القواعد،

أما فی هذه الصوره فی محل الکلام فالمرجع هو قوله تعالی:

«وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ» فإنها تدل علی أن وجوب الانظار مشروط بکونه معسرا، أی ان للدائن مطالبه حقه من المدین إلا فی حال کونه ذا عسره، فان أحرز الشرط ترتب حکم وجوب الانظار، و مع الشک فلا یحکم بوجوبه، فله المطالبه بحقه و أن یطلب من الحاکم حبسه ان امتنع عن أدائه.

و لو أقام مدعی الإعسار البینه علی ذلک قال بعض الأصحاب بحجیه تلک البینه بناء علی إطلاق قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم:

«إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» ، و قیل: لا تقبل منه البینه لأنه منکر لقوله علیه الصلاه و السلام: «البینه علی من ادعی و الیمین علی من أنکر» (۱) و سیأتی تحقیق المسأله فی محلها ان شاء اللّه تعالی، و علی الأول فهل یحتاج الی ضم الیمین إلی البینه؟ قیل: لا، لأن البینه حجه تامه، و قیل: نعم، لأن البینه علی النفی لیست بحجه فلا بد من ضم الیمین إلیها.

۲-الإنکار و جمله من احکامه:

اشاره

قال المحقق: «و أما الإنکار فإذا قال «لا حق له علی» فان کان المدعی یعلم أنه موضع المطالبه بالبینه فالحاکم بالخیار ان شاء قال للمدعی: أ لک بینه؟ و ان شاء سکت، أما إذا کان المدعی لا

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵ فی حدیث فدک عن تفسیر علی ابن إبراهیم القمی.

یعلم أنه موضع المطالبه بالبینه وجب أن یقول الحاکم ذلک أو معناه، فان لم تکن له بینه عرفه الحاکم أن له الیمین، و لا یحلف المدعی علیه الا بعد سؤال المدعی لانه حق له فیتوقف استیفاؤه علی المطالبه» .

أقول: حاصل ما ذکره قدس سره أنه ان طرح المدعی دعواه عند الحاکم و قال المدعی علیه: لا حق له علی، فالمدعی اما لا یعلم بأن علیه إقامه البینه علی ما یدعیه فحینئذ یطالبه الحاکم بإقامتها، و اما یعلم فلا یجب علی الحاکم أن یطلب منه ذلک، فان لم یکن عنده بینه علی دعواه أو لم یقمها أعلمه الحاکم بأن له استحلاف المدعی علیه المنکر لدعواه، لان ترتب الأثر علی یمین المدعی علیه مشروط باستحلافه إیاه، فلو حلف بدونه لم یترتب علیه أثر، و کذا لو استحلفه المدعی و لم یحلفه الحاکم، أو أحلفه الحاکم بدون استحلاف المدعی، فترتب الأثر علی یمین المدعی علیه یتوقف علی کلا الأمرین: استحلاف المدعی و إحلاف الحاکم إیاه بعد ذلک بإذن المدعی.

و هل المراد من قوله: «و لا یحلف المدعی علیه الا بعد سؤال المدعی» و أن الحاکم لا یحلفه الا بعد اذنه هو الأثر التکلیفی أو الوضعی؟ أما تکلیفا فلا أثر للیمین الواقعه بدون أحد الأمرین لأنها حینئذ لغو، بل قد یقال بحرمتها للنهی عن ذلک فی الکتاب حیث قال عز و جل «وَ لا تَجْعَلُوا اَللّهَ عُرْضَهً لِأَیْمانِکُمْ» (۱) ، هذا بالنسبه

۱- ۱) سوره البقره:۲۲۴.

الى المدعى عليه، و أما الحاكم فان قلنا بحرمه الحلف على المدعى عليه لما ذكرنا حرم على الحاكم إحلافه لأنه يأمره بالمعصيه حينئذ و أما وضعا فلا يترتب على هذه اليمين أثر، و هذا هو المراد من قول المحقق «قده» :

«و لو تبرع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتد بتلك اليمين و أعادها الحاكم ان التمس المدعى» .

و لقد استدلوا لعدم تأثيره وضعا بأن إحلاف المدعى عليه حق للمدعى، و ما لم يأذن صاحب الحق بذلك لم يكن للحاكم إحلافه لتوقف استيفاء حق المدعى عليه مطالبته. و فيه تأمل: لأن مجرد كون ذلك حقا للمدعى لا يمنع من قيام الحاكم بوظيفته الشرعيه و هو فصل الخصومه بين المتنازعين بعد تحاكمهما إليه، فإنه بعد التحاكم اليه يجب عليه النظر فى القضيه بحسب الموازين الشرعيه لغرض قطع النزاع من بين المتخاصمين، فلا يمكن المساعده على القول بعدم ترتب الأثر على حكم الحاكم الصادر بعد إحلافه المدعى عليه بدون إذن المدعى بالاستناد الى مجرد كون الحلف حقا للمدعى، بل قضيه إطلاقات أدله الحكم و القضاء كتابا و سنه هو نفوذ حكمه و وجوب امتثاله و ان كان صادرا بدون إذن المدعى، و لا مجال لدعوى انصرافها عن مثل هذا المورد.

فالحاصل: كونه حقا للمدعى لا يكون دليلا على عدم جواز حكم الحاكم و عدم نفوذ الحكم الصادر بدون مطالبه المدعى باستيفاء حقه فى إحلاف المدعى عليه.

كما أن هـذا الحق لا يجوّز له منع المـدعى عليه من الحلف ان أراد أن يحلف، بل هو كحق الدائن على المدين حيث لا يجوز له أن يمنعه عن أداء الـدين اليه الا بقصد إسـقاط حقه و إبراء ذمته، أو بقصد التنازل عن حقه و العدول عن مطالبته فيما نحن فيه، و أما بقصد إبقاء النزاع و الخصومه فلا.

و قد اعترض فى الجواهر على استدلالهم بما ذكر بأن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقا حتى مع قيام شاهد الحـال، و ذلـك لاـن الحق كالمـال، فكما يجوز بعض التصـرف فى مال الغير برضاه و لو بشاهـد الحال فكـذلك الحق و لا يلزم الاذن الصـريح منه بالحق، و عليه فان مجيئه بالخصم الى الحاكم و طرح الدعوى عنده يكفى شاهدا على رضاه بإحلاف المدعى عليه و الحكم فى القضيه.

و من هنا قال فى الجواهر: فالأولى الاسـتدلال لـذلك بعـد الإجماع بظاهر النصوص الاتيه فى اشتراط الرضا الـذى لا بد من العلم به، و شاهد الحال انما يفيد الظن فتأمل.

أقول: اذن لاـ بـد من النظر فى الاخبـار، و قـد وجـدنا هـذه الاخبار داله على لزوم الاسـتحلاف، ثم إذا حلف ذهبت اليمين بحقه، فهـذه الاخبار حيث ورد فيها الاسـتحلاف تكون بمنزله الشارح لإطلاقات «البينه على من ادعى و اليمين على من أنكر» أو المبين لإجمالها، إذ تضمنت كيفيه اليمين و أن المدعى يستحلف المنكر، فلو فرض

عـدم دلاـله الاخبـار على تـأثير اليمين بـدون اسـتحلاف المـدعى فلاـ ريب فى أن القـدر المتيقن من مـدلولها كون يمين المنكر بمطالبه المـدعى. و بهذا البيان يتم دلاله هذه الاخبار بظاهرها على ما ذهب إليه الأصـحاب، و يكون ما نحن فيه نظير المعاملات، فان العلم برضا صاحب المال ببيع ما له لا يكفى لجوازه بل لا بد من إظهار رضاه الباطن و التصـريح به. و لعل السر فى ذلك أنه كثيرا مـا ينـدم البـائع عن بيع متـاعه فمع التصـريح بالاـذن و الرضا لا يؤثر نـدمه، بخلاف ما إذا أريـد الاعتماد على رضاه فيمكنه إنكـار الرضـا أصـلا و لاـ طريق إلى إثبـات الرضـا البـاطنى، و هنـا كـذلك فإنه إذا قال له احلف لم يبق له مجال بعدئـذ للإنكار بخلاف ما إذا أريد الاستناد الى الرضا.

فحاصل المستفاد من الاخبار أن لاستحلاف المنكر موضوعيه فى قبول حكم الحاكم فى تلك القضيه.

هـذا و ليس فى الروايـات أن يقول المـدعى للحاكم: أحلفه، بل فيها أنه يسـتحلف المنكر، بل فى بعض الروايات أنه بنفسه يقول للمنكر: احلـف، فمـا الـدليل على أن اسـتحلافه إيـاه هو أن يقول للحـاكم: حلفه؟ و أن على الحـاكم الاستيـذان منه فى إحلاـف المنكر؟ و حيث لا دلاله فى الاخبار على اشتراط الاذن فما هو وجه القول بعـدم الاعتداد بيمين المنكر مع عدم إذن المدعى؟ ثم انه إذا أحلفه فى حضور الحاكم و حلف فما الدليل على عدم صدق الاستحلاف

علیه؟ و هل المراد من الاستحلاف استدعاؤه من الحاکم إحلافه إیاه؟ اللهم الا أن یکون الدلیل هو الإجماع و أن سیره المسلمین منذ صدر الإسـلام حتی الان هی علی إحلاف الحاکم المنکر بعد مطالبه المدعی، و الا فإن المستفاد من الروایات هو ما ذکرناه، بل قیل: انه یعتد بیمینه الواقعه بعد التماس المدعی و ان لم یکن فی محضر الحاکم، و هو مقتضی إطلاق معتبره ابن أبی یعفور:

«إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له:

و ان کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم.» (۱) .

لکن الظاهر أنها محموله علی المعهود المتداول بین المسلمین فی کیفیه حل النزاع بینهما، فان المتخاصمین یتحاکمان الی الحاکم و یفوضان الأمر إلیه فتجری فی مجلسه جمیع المقدمات باذنه و تحت نظره ثم یحکم فی الواقعه بحسب الموازین المقرره فی الشرع، فلا إطلاق لها إذا، و یشهد بما ذکرنا أن فی الروایه: «قلت: و ان کانت له علیه بینه عادله؟» أی: هل الیمین تذهب بحقه و ان کانت له علیه بینه؟ فقد یتفق غیاب البینه و هما مستعجلان فی فصل خصومتهما فیحلف المدعی علیه المنکر ثم یحضر الشاهدان، فان المراد من البینه هنا هی البینه التی تقام عند الحاکم کما هو واضح، و بقرینه

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۹.

المقابله بین هذه البینه و الیمین یعلم أن المراد من الیمین فی الخبر هی یمین المنکر عند الحاکم.

ثم ان الإجماع المدعی علی لزوم إذن المدعی فی یمین المنکر مستند الی فهم الأصحاب اشتراط ذلک من بعض الروایات أو الی السیره المستمره التی ذکرناها، و أما کونه إجماعا تعبدیا غیر مدرکی فبعید جدا، و الأظهر استناده إلی السیره المستمره القائمه علی کون أمر المترافعین بید الحاکم بعد التحاکم الیه، و أنهما لیسا مختارین فی حل النزاع بینهما حینئذ، و لذا قالوا بأن الحاکم یطالب المدعی بالبینه و یذکره بإقامتها ان کان غافلا عن ذلک، بل قیل بلزوم قول الحاکم له: أ لک بینه؟ و ان لم یکن غافلا، فهذا یکشف عن قیام السیره علی أن أمر المترافعین بید الحاکم و أنه لا یجوز لهما التقدم علیه فی شأنهما، نعم القدر المتیقن من نفوذ حکم الحاکم هو الحکم الصادر منه بعد إحلاف المنکر بطلب من المدعی.

و لیس المراد من «الإحلاف» أن یأمر الحاکم المنکر بالحلف حتی یکون المنکر عاصیا بنکوله منه، لان المنکر بالخیار بین الیمین و الرد و النکول، بل المراد هو أن یأذن له بالیمین، و هذا هو مراد من عبر ب «الأمر» أیضا.

و قد روی الشیخ الصدوق معتبره ابن أبی یعفور المذکوره بزیاده جمله «من حلف لکم علی حق فصدقوه» (۱) و قد یدعی

ص:۳۰۴

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۹.

کونها مطلقه، لکنها محموله علی ما ذکرنا و لا سیما و أن الجمله فی ذیل تلک الروایه.

و فی روایه أخری: «. و ان ترکه و لم یستحلفه فهو علی حقه» (۱) .

و فی أخری لعبد اللّه بن وضاح: «کانت بینی و بین رجل من الیهود معامله فخاننی بألف درهم فقدمته إلی الوالی فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف یمینا فاجره، فوقع له بعد ذلک عندی أرباح و دراهم کثیره، فأردت أن أقتص آلاف درهم التی کانت لی عنده و أحلف علیها، فکتبت الی أبی الحسن علیه السلام فأخبرته: أنی قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندی مال، فإن أمرتنی أن آخذ منه الالف درهم التی حلف علیها فعلت. فکتب: لا تأخذ منه شیئا ان کان قد ظلمک فلا تظلمه، و لو لا أنک رضیت بیمینه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت یدک، و لکنک رضیت بیمینه فقد مضت الیمین بما فیها» (۲) و قد استشهد فی الجواهر بما فی هذا الخبر-من أنه قد أحلفه عند الوالی لا الحاکم-علی کفایه الحلف و ان لم یکن عند الحاکم.

لکن لعل هذا الوالی الذی حلف عنده کان من الولاه الذین لهم الولایه علی الحکومه و نصب القضاه بعد الترافع الیه، فلا یستفاد منها کفایه الحلف عند غیر الحاکم، و القدر المتیقن منها ما ذکرناه.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۹.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۸۰.

و كيف كان فلو حلف سقطت دعواه فى الدنيا و ان لم تبرء ذمته ان كانت يمينه فاجره بالإجماع، و فى الحديث: «. فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعه من النار» (۱) .

قال المحقق «قده» : «ثم المنكر اما أن يحلف أو يرد أو ينكل» .

أقول: عند ما يطرح المدعى الدعوى و ينكر المدعى عليه فاما أن يحلف مع اذن الحاكم أو يرد اليمين على المدعى أو ينكل فلا يحلف و لا يردها عليه.

حكم ما إذا حلف المنكر:

قال: «فإذا حلف سقطت الدعوى» .

أقول: إذا حلف المنكر سقطت دعوى المدعى و لا حق له على المنكر، ثم ان أثر هذه اليمين هو أنه ان كان صادقا فكالأول، أى:

ان كان الشيء المتنازع فيه له حقا فهو، و ان كان كاذبا فكذلك، أى لا يكون الشيء له باليمين و يحرم عليه التصرف فيه كما كان كذلك من قبل، هذا بالنسبه إلى المنكر نفسه، و أما بالنسبه الى المدعى فلا تجوز له مطالبه المدعى عليه بالشيء بحسب الظاهر و هذا معنى سقوط دعواه، و أما بالنسبه إلى الحاكم فأثر اليمين أن عليه أن يحكم للمنكر بما يطابق قوله، و أما بالنسبه إلى سائر الناس فإنهم إذا أرادوا

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

التصرف فى الشىء المتنازع فيه لزمهم الاستيذان من المدعى عليه.

قال المحقق: «و لو ظفر المدعى بعد ذلك بمال الغريم لم تحل له المقاصه» .

أقول: و إذا سقطت الدعوى فهل للمدعى التقاص من مال المدعى عليه بحيث لا يشعر بذلك أحد؟ ادعى الاتفاق على عدم جواز التقاص منه ان كان مورد النزاع دينا، و أما إذا كان عينا فالمشهور على الجواز، و قال جمع بالعدم و بقاء الحق إلى الآخره، بل قالوا بعدم جواز التصرف فى العين المتنازع فيها و ان لم يكن تصرفا منافيا لكونها بيد المدعى عليه كأن تكون عبدا و يعتقه فى سبيل اللّه عز و جل أو يبرأ ذمه المنكر قربه الى اللّه تعالى، لان ذلك ينافى حكم الحاكم المقتضى لعدم كون المنكر مدينا للمدعى و مقتضى الإبراء كونه مدينا له.

أقول: ان مقتضى القاعده هو جواز التقاص منه-الا أن يقوم الدليل على المنع-إذ ليس الحكم من المملكات و النواقل للأموال و الا-لما قال صلى اللّه عليه و آله و سلم: «. فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له به قطعه من النار» فلا يقال بأنه على أثر اليمين و الحكم يكون الحالف مالكا و ان أثم فى اليمين الكاذبه نظير البيع وقت النداء من يوم الجمعه، و حيث لا تصبح العين ملكا للحالف بيمينه فاما أن تكون ملكا بلا-مالك أو تبقى على ملك المدعى و الأول ساقط فثبت الثانى، فللمدعى التصرف فى العين أينما وجدها غير أنه يكون حينئذ رادا على اللّه لمخالفته لحكم الحاكم، و لكن

لو فعل ذلک خفیه أمکن القول بالجواز لعدم تحقق الرد. اللهم الا أن یقال بوجوب التزام المدعی بترتیب آثار مالکیه المدعی علیه و ان کانت العین ملکا له فی اعتقاده، و أن سائر الناس ملزمون بمعامله هذه العین معامله ملک المنکر کالمدعی نفسه، فعلیهم الاستیذان من المنکر ان أرادوا التصرف فیها، و قیل بوجوب ذلک علیهم ان لم یکونوا عالمین بکونها ملکا للمدعی فی نفس الأمر، الا أن الکلام فی أثر إذن المدعی علیه حیث قد حلف کاذبا و هو یعلم بأن العین لم تدخل فی ملکه واقعا بل هی باقیه علی ملک المدعی، فإنه لا یجوز له الاذن و لو أذن لم یؤثر، فالأحوط لهم الاستجازه من المتداعیین کلیهما فی التصرف فی العین.

قال المحقق: «و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه» .

أقول: أی ان الحاکم بعد ما حکم بأن الشیء للمنکر أو بأنه لیس مدینا للمدعی لا یجوز له سماع الدعوی مره ثانیه، و لا استماع شهاده بینه المدعی علی مالکیته للشیء المتنازع فیه، قال المحقق: «و لو أقام بینه بما حلف علیه المنکر لم تسمع» و هذا مذهب المشهور بل حکی علیه الإجماع، و ذلک لحکومه خبر ابن أبی یعفور عن الصادق «ع» :

«إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له. قلت له: و ان کانت علیه بینه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه خمسین قسامه ما کان له، و کانت الیمین قد أبطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه. قال رسول اللّه من حلف لکم باللّه فصدقوه و ان سألکم باللّه

فأعطوه، ذهبت اليمين بـدعوى المدعى و لا دعوى له» (1) و غيره من الاخبار على: «البينه على المـدعى و اليمين على من أنكر» (2) .

و هنـا قولان آخران، قال المحقق: «و قيل: يعمل بها ما لم يشترط المنكر سـقوط الحق باليمين، و قيل: ان نسـى بينته سـمعت و ان أحلف» و الثالث: انها تسـمع مطلقا، قال المحقق: «و الأول هو المروى» و تلك الأقوال مخالفه للنصوص الوارده فى المقام، و هى تدل على أن يمين المنكر يذهب بحق المدعى و أنه لا تسمع بعد ذلك دعواه أبدا، و قد عمل الأصحاب بتلك النصوص الا من شذ.

قال المحقق: «و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين، و هنا أولى» و هذا واضح.

قال: «أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته و حل مقاصته.» .

أقول: لو أكـذب المـدعى عليه الحالف نفسه بعـد يمينه فهل يكون إقراره بالكـذب كالبينه التى يقيمها المدعى بعد يمين المنكر فى عـدم التـأثير أو يؤثر هـذا الإـقرار؟ ان دليـل حجيه الإـقرار مطلق، فهو حجه سواء كان قـد حلف أو لا، و دليل حجيه اليمين و ذهابها بحق المدعى مطلق فهى تذهب بحقه سواء أكذب الحالف نفسه بعدها أو لا، فالنسبه بين الدليلين

ص:٣٠٩

1- 1) وسائل الشيعه:18-179.

2- 2) وسائل الشيعه:18-215.

هو العموم من وجه، فهل يتقدم دليل الإقرار لذهاب الأصحاب الى ذلك أو أنه لا تعارض بينهما فى مورد الاجتماع لحكومه دليل ذهاب اليمين بحقه على دليل الإقرار لأنه رافع لموضوعه؟ المستفاد من المعتبره: «انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى عليه، ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه، و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، فان هذا الرجل تائب و اللّه يحب التوابين» (۱) كون الإقرار مسموعا و أنه يتقدم على أدله ذهاب اليمين بحق المدعى.

بل ان تلك الأدله منصرفه عن صوره تكذيب الحالف نفسه.

بل ان اليمين من الطرق العقلائيه، و قد جعل الشارع يمين صاحب اليد طريقا لتثبيت حقه لو نازعه أحد على ما فى يده، كما أن الدليل المعتمد فى حجيه خبر الواحد هو السيره و بناء العقلاء لكن اعتبارهم لليمين و الخبر مقيد بما إذا لم يكذب الحالف أو المخبر نفسه، و عليه فلا معنى للقول بإطلاق دليل حجيه خبر الواحد و يمين الحالف، لان عدم ترتيب العقلاء الأثر على ذلك حينئذ يكشف عن عدم اعتبار الشارع لتلك اليمين و أنها ليست مصداقا عنده لأدله ذهاب اليمين بحق المدعى. و كذلك البينه لو أكذب الشاهدان

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۷۹.

أنفسهما بعد الشهاده.

و أما بقاء مالكيه المدعى على المال فهو مقتضى خبر مناهى رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم حيث ورد فيه النهى عن أكل أموال الناس بشهاده الزور، فعن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبى «ص» : «فى حديث المناهى: انه نهى عن أكل مال بشهاده الزور» (۱) . و كذا قوله «ص» : «. فإنما قطعت له قطعه من النار» (۲) .

و فى خبر عبد اللّه بن وضاح: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معامله فخاننى بألف درهم فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره، فأردت أن أقتص الالف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت الى أبى الحسن فأخبرته. فكتب: لا ـ تأخذ منه شيئا ان كان قد ظلمك فلا ـ تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين بما فيها» (۳) .

بناء على أنه عليه السلام قد استعمل لفظ «الظلم» فيها من باب المشاكله كما فى قوله تعالى «فَمَنِ اِعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدى عَلَيْكُمْ» (۴) ، و الا فإن أخذ الحق ليس ظلما حقيقه، نعم

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۸۰.

۴- ۴) سوره البقره:۱۹۴.

هو بعد حكم الحاكم غير جائز شرعا.

فتحصل: ثبوت ملكيه المدعى للمال المتنازع فيه بعد إقرار الحالف بالكذب و سقوط يمينه عن التأثير، بخلاف البينه التى يقيمها المدعى بعد حلف المنكر فقد دلت النصوص على تقدم اليمين و عدم سماع البينه بعدها.

هذا، و فى كلمات صاحب الجواهر أن اليمين لا تذهب بالمال بل تذهب بحق المدعى على المنكر. و فيه: أنه لا يثبت لصاحب المال المدعى حق على المنكر، بل ليس لصاحب المال المغصوب منه حق على غاصبه، و انما له المطالبه بماله و إيقاع أنحاء التصرفات فيه، و من الواضح ان هذه التصرفات من آثار سلطنته على ماله و ليست حقوقا له على من عنده المال، فالصحيح أن أدله ذهاب اليمين بحق المدعى تمنع تصرفه فى ماله الذى بيد المنكر بعد يمينه لكن لا مانع من بقاء اعتبار مالكيته له و المنكر مخاطب بترتيب آثارها على هذا المال الذى بيده، فإن أكذب نفسه جاز للمدعى مطالبته بالمال و حلت له مقاصته ان امتنع من تسليمه.

و فى المسالك: «أما لو أكذب الحالف. كما يحل له مع امتناعه من التسليم لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فى ذمه الخصم فلا وجه لسقوطه» . أقول: هذا يتوقف على عدم تماميه إطلاق أدله «ذهبت اليمين بحقه» كما ذكرنا و الا كان الإطلاق هو الوجه لسقوط الحق.

ثم انه هل يسقط حق المدعى بمجرد يمين المدعى عليه أو يتوقف ذلك معها على حكم الحاكم؟ ظاهر النصوص هو الأول، قال السيد: و الانصاف أنه ليس كل البعيد ان لم يكن الإجماع على خلافه. و الصحيح هو الثانى وفاقا للجواهر، لان اليمين مقدمه للحكم-كالبينه-و فصل الخصومه يحصل بالحكم و قد قال صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» أى: ان الحكم القاطع للنزاع يصدر بعد قيام البينه أو تحقق اليمين، فكل واحده منهما فى موردها مقدمه لحكم الحاكم و به ينقطع النزاع، فلو حلف المدعى عليه و لم يصدر الحكم من الحاكم لسبب من الأسباب جاز للمدعى استيناف الدعوى.

هذا كله إذا حلف المنكر.

حكم ما إذا رد اليمين:

قال المحقق: «و ان رد اليمين على المدعى لزمه الحلف» .

أقول: ان رد المنكر اليمين على المدعى قالوا: يجب على المدعى أن يحلف، و ليس المراد من هذا الوجوب أو اللزوم هو الوجوب التكليفى بل بمعنى أنه ان أراد تحصيل حقه من المدعى عليه لزمه الحلف، فهو لزوم وضعى من باب المقدمه لاحقاق الحق فإذا حلف حكم له و وجب على المنكر تسليم الشىء المتنازع فيه اليه.

و يدل على ذلك الإجماع و الاخبار المستفيضه أو المتواتره كما

فی الجواهر، و هذه نصوص طائفه من تلک الاخبار نذکرها لاشتمالها علی أحکام أخری أیضا:

۱-محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: «فی الرجل یدعی و لا بینه له. قال: یستحلفه فان رد الیمین علی صاحب الحق فلم یحلف فلا حق له» (۱) .

۲-عبید بن زراره عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لا بینه للمدعی. قال: یستحلف أو یرد الیمین علی صاحب الحق فان لم یفعل فلا حق له» (۲) .

۳-الصدوق بإسناده عن أبان عن جمیل عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «إذا أقام المدعی البینه فلیس علیه یمین و ان لم یقم البینه فرد علیه الذی ادعی علیه الیمین فأبی فلا حق له» (۳) .

۴-الکلینی عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن بعض أصحابه عن أبان عن رجل عن أبی عبد اللّه علیه السلام:

«فی الرجل یدعی علیه الحق و لیس لصاحب الحق بینه. قال: یستحلف المدعی علیه فان أبی أن یحلف و قال: أنا أرد الیمین علیک لصاحب الحق فإن ذلک واجب علی صاحب الحق أن یحلف و یأخذ ماله» (۴) .

۵-یونس عمن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه:

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی صحیحه.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی صحیحه.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۷ و لیلاحظ طریق الصدوق الی أبان.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۷. و هی مرسله.

بشهاده رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف ورد اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فان أبى أن يحلف فلا شيء له» ((١)) .

۶-عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال: قلت للشيخ عليه السلام:

«خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بماله.

قال: فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له، و ان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له (و ان لم يحلف فعليه)و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له، لأنا لا ندرى لعله قد أوفاه ببينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن صارت عليه اليمين مع البينه فإن ادعى بلا بينه فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لا لزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق» ((٢)) .

فتحصل أن للمنكر رد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و حكم له، و أما إذا كانت دعواه ظنيه فقيل لا تسمع الدعوى الظنيه

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-١٧۶. و هى مضمره.

٢- ٢) وسائل الشيعه:١٨-١٧٢. و فيها «ياسين الضرير» و ليس لأئمه الرجال فيه مدح و لا ذم.

مطلقـا، و قيـل: بل تسـمع إذ قـد تقوم البينه على طبقها و تكون دليلا و مسـتندا لحكم الحاكم، لكن لا أثر لرد المنكر اليمين على المدعى حتى على القول الثانى، لأن الظان لا يمكنه الحلف، و كذا لو كان المدعى يدعى شـيئا لغيره كولى الصـغير الذى يدعى على أحـد حقا للصـغير، لان يمينه لا تثبت حقه و ان كان جازما به، لما تقرر عندهم من أن يمين أحد لا تثبت الحق لغيره، و كذا الأـمر لو كـان المـدعى وصـيا لميت فيـدعى وصـيته بشـىء فينكر الوارث مثلاـ ذلـك، فـإن أقام البينه على دعواه فهو و الا حلف الوارث أو أقر بالحق و لا يرد اليمين على الوصـى. و قيل: لقـد قام الـدليل على أن البينه على المدعى و على المنكر أن يحلف أو يرد أو ينكل، و هذا الدليل مطلق يشـمل صوره ما إذا لم يتمكن المدعى من اليمين أو لم تكن يمينه نافذه، فنحكم فى صوره رد المنكر اليمين و عجزه عنهـا-لكونه ظانـا أو لكون الحق لغيره-بسـقوط الحق المـدعى لا بأن يكون عجزه سـببا لتخيير المنكر بين الأمرين الآخرين.

و الجواب من وجهين: «الأـول» ان أدله تردد أمر المنكر بين الأـمور الثلاـثه منصـرفه عن هـذه الصوره، فليس له الرد فيهـا و يبقى الأمران. «الثانى» الشك فى إطلاق الأدله-بعد التنزل عن القول بانصرافها-فيؤخذ بالقدر المتيقن و هو ما عدا هذه الصوره.

و حيث لا يمكن الرد-لأجل لغويه يمين المدعى أو عجزه عنها- فهو مخير بين الإقرار و الحلف.

ص:۳۱۶

اليمين المردوده فى حكم البينه أو الإقرار؟

و هل اليمين المردوده فى حكم بينه المدعى أو فى حكم إقرار المنكر؟ قولان.

وجه الأول: ان الـذى على المدعى هو البينه، و على المنكر اليمين، فان رد المنكر اليمين على المدعى و حلف ثبت حقه، فتكون هذه اليمين فى حكم البينه.

و وجه الثانى: ان إقرار المـدعى عليه يثبت حق المـدعى فتقوم اليمين المردوده منه على المدعى مقام الإقرار، إذ هو حينئذ مسـلم لما يدعيه ان حلف.

و قـد ذكروا لهـذا الخلاـف ثمرات منهـا: أن المـدعى عليه إذا أقـام بينه على أداء المـال مثلاـ حلف المـدعى، فـان كانت اليمين المردوده نازله منزله البينه جاز للمنكر إقامه البينه بعدها، و ان كانت نازله منزله الإقرار فلا مجال لإقامتها لأن الإقرار منه يكذبها.

قلت: و الأقوى أن اليمين المردوده طريق مسـتقل لإثبات حق المدعى، و ما ذكروه فى وجه القولين ضـعيف، و ليس طريق إثبات الحق منحصـرا بـالبينه و الإـقرار بـل هى ثلاـثه طرق: البينه و الإـقرار و اليمين المردوده، و لكل واحـد منها أحكامه و آثاره، و أما الثمره التى ذكروها فغير مترتبه لأن اليمين المردوده لا تصـلح لنفى أداء المـدعى عليه الـدين بل هى تثبت أصل الـدين، و حينئذ للمـدعى عليه إقـامه البينه على الأـداء «كمـا أنه لو أقر بأصل الـدين ثم أقام البينه على الأداء سـقط الحق، و ان لم يكن عنـده بينه حلف المدعى لانه

المنكر للأداء» و لا معنى لإقامتها على نفى ما تثبته اليمين المردوده التى جعلت لخصم النزاع بينهما، اذن يجوز أن تقام البينه فى مقابل اليمين المردوده لو اختلف مدلولاهما-كما ذكرنا.

و حينئذ نبحث عن مقتضى الأدله أو الأصول فيما إذا أقام المنكر البينه بعد يمين المدعى مثلا، فان شملت إطلاقات أدله البينه هذه البينه فهو و الا فيرجع الى الأصل من دون أن يطبق على هذه اليمين أحكام أحد الأمرين. فالحاصل أنه لا وجه للحصر المذكور، و حينئذ نقيد أدله البينه على المدعى و اليمين على من أنكر بأن اليمين على المنكر إلا إذا ردت على المدعى فهى عليه لا على المنكر.

ثم ان أثر اليمين المردوده يتوقف ترتبه على حكم الحاكم، فهى من مقدمات الحكم، و الذى يثبت الحق هو الحكم و به تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع كما ذكرنا سابقا، فيكون معنى قوله عليه السلام-فى مرسله أبان-: «. أن يحلف و يأخذ ماله» انه يحلف و يحكم الحاكم و يأخذ ماله.

قال المحقق: «و لو نكل سقطت دعواه» .

أقول: لو نكل المدعى عن اليمين المردوده فقد ذكروا أنه تسقط دعواه، ثم ادعى الإجماع على عدم جواز اعاده الدعوى فى ذلك المجلس، و فى إعادتها فى مجلس آخر قولان، و فى المسالك:

ان كان ترك اليمين لسبب وجيه و عذر مقبول أمهل و الا كان ناكلا تسقط دعواه بامتناعه من اليمين.

أقول: ليس فى الاخبار تعرض للنكول، بل فيها: «أبى أن يحلف» و «لم يحلف» فان قال فى المجلس «لا أحلف» مثلا فقد أبى أن يحلف، و لا يبقى له حق، فان حكم الحاكم سقطت الدعوى و لا تسمع بعدئذ، و ان لم يحكم الحاكم لم تسقط و بقيت و جازت المطالبه بالحق و لكن تجديدها فى ذلك المجلس لغو، و أما الإمهال فإن كان لجهه عقلائيه أمكن القول بجوازه بدعوى انصراف الاخبار عن ذلك و الا فلا وجه لامهال الحاكم إياه، و هذه المهله- أى مقدار طالت-فقد أخر إحقاق حقه بنفسه و لا يجبر على اليمين لأجل أخذ حقه، بخلاف يمين المنكر فهناك لا يمهل لأن الحق للمدعى.

و هذا العذر الموجه لا بد أن يكون له أمد اما عرفا و اما بتحديد من الحاكم.

و أما إذا رد اليمين على المدعى فادعى أنه ظان بالحق غير متيقن به فلا يمكنه الحلف، فان كان المنكر متيقنا قيل له: احلف، و ان كان هو أيضا ظانا أو شاكا كالمدعى بقيت الدعوى و رجع الحاكم إلى الأصول العمليه و أفتى فى المسأله بما أدى اليه نظره.

حكم ما إذا نكل المنكر:

قال المحقق: «و ان نكل المنكر بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد، قال الحاكم: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا.» .

أقول: المراد من قوله: «و الا جعلتك ناكلا» هو حكمه بنكوله، فالحاصل أنه ان حلف المنكر سقطت الدعوى، و ان رد

اليمين على المدعى فان نكل المدعى سقطت الدعوى كذلك، و ان نكل المنكر فلم يحلف و لم يرد قال المحقق: «قال الحاكم.» ثم قال: «و يكرر ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا» و لم يقم دليل على ذلك، بل لو فرضنا أن مجرد النكول يوجب الحكم عليه فهو محكوم الا أن يقوم إجماع على ما ذكره «قده» .

قال: «فإن أصر قيل يقضى عليه بالنكول، و قيل: يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه و ان امتنع سقط» .

أقول: ان أصر المنكر على النكول ففيه قولان: أحدهما يقضى عليه بالنكول، قال به جماعه من المتقدمين، و الأخر: يقول له الحاكم: رد اليمين على المدعى، فان رد و حلف ثبت حقه و ان امتنع المدعى عنه سقط حقه، و هو قول جماعه من الأصحاب.

قال المحقق: «و الأول أظهر و هو المروى» .

لقد استدل للقول الأول بأخبار منها: قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» فقد فصل «ص» بين المدعى و المنكر، فجعل البينه وظيفه للمدعى و اليمين وظيفه للمنكر و التفصيل قاطع للشركه، أى: انهما ليسا شريكين فى البينه و اليمين بل لكل واحد منهما وظيفته فى ميزان فصل الخصومه، و أما «رد اليمين» فمن الاحكام الطارئه، مثلا: حقيقه الصلاه منوطه بتحقق أجزائها و شرائطها المحققه لها و المذكوره أولا و بالذات، و أما ركعه الاحتياط مثلا فمن الأمور الطاريه عليها، . و حينئذ لو رد المنكر اليمين على المدعى وجب عليه أن يحلف، و أما إذا

لم يردها عليه عن اختيار كان القانون العام المذكور هو المطبق لا محاله، و أما القول بأنه متى سكت رد الحاكم اليمين على المدعى ولايه أو حمل المنكر على الحلف فيستلزم أن لا يبقى مصداق لنكول المدعى عليه عن اليمين.

و بعباره أخرى: مقتضى الدليل الاولى الحكم بنكوله إذا لم يحلف، و ان رد كان أمرا طارئا و اقتضى الدليل الثانوى ترتيب الأثر عليه لتحقق موضوعه و هو الرد، و أما إذا لم يحلف و لم يرد بقى الدليل الأول على مقتضاه و هو الحكم بنكوله.

و منها: ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه؟ فقال: ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه فقال أمير المؤمنين «ع» : الحمد للّه الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمه جميع ما تحتاج اليه، ثم قال:

ايتونى بمصحف، فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع رأسه الى السماء و أشار أنه كتاب اللّه عز و جل، ثم قال: ايتونى بوليه، فأتى بأخ له فأقعده الى جنبه ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما ثم قال لأخى الأخرس: قل لأخيك هذا بينك و بينه، انه على، فتقدم اليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين «ع» : و اللّه الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانيه ان فلان ابن فلان المدعى ليس له قبل فلان ابن فلان أعنى الأخرس حق

و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين» (۱) .

فان الظاهر منها أن الامام علیه السلام قد ألزمه الدین بمجرد امتناعه عن الشرب، و ذلک یقتضی أنه قد امتنع عن رد الیمین علی المدعی، للاتفاق علی أنه لا یحکم علیه مع الرد. و ما أشکل علیه فی الجواهر: بالقطع بعدم اراده هذا الظاهر ضروره اشتراط الحکم بنکوله عن رده أیضا فلا بد فی إصلاحه حینئذ من تقدیر، و التزام کونه موافقا لذلک لیس بأولی من جعله مخالفا له. ضعیف لانه لو رد لحکم الامام علیه السلام علی المدعی بالیمین قطعا و لحکی الامام الصادق علیه السلام ذلک البته، إذ لا وجه لحکایه بعض الواقعه و ترک البعض الأخر مع کونه محتاجا الیه، لکن لا مانع من عدم حکایه ما هو المحرز منها و هو ما ذکرنا من عدم رده الیمین علی المدعی، بل ان حکم الامام علیه السلام بأداء الحق قرینه علی ذلک.

و أما قوله: علی أنه قضیه فی واقعه لا عموم فیها. ففیه أن الامام الصادق علیه السلام قد ذکر القضیه فی جواب السؤال عن کیفیه إحلاف الأخرس حینئذ مستشهدا و مستدلا بها و لم یکن ذلک منه مجرد حکایه لها حتی لا یکون لها عموم.

فتحصل أن الروایه تدل علی کفایه عدم رده-مع علمه بأن له

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۲۲. باب کیفیه إحلاف الأخرس. الباب ۳۳ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

ذلک-للحکم علیه بدفع حق المدعی، و لا یلزم أمره بالرد ثم الحکم بذلک ان امتنع عن الرد.

و منها: روایه عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه (۱)) المتقدمه سابقا.

فهذا الخبر یدل بظاهره صدرا و ذیلا-علی روایه الشیخ الکلینی «قده» و ذیلا علی روایه الشیخ الصدوق «قده» فی الفقیه- علی القول الأول، لأن حاصل القدر المتفق علی روایته: أن المدعی علیه ان حلف سقطت الدعوی، و ان لم یحلف فعلیه الحق الا أن یرد-هو أو الحاکم من قبله-الیمین علی المدعی-و لا یحکم علی المدعی علیه بامتناعه عن الیمین-فان حلف المدعی ثبت حقه و الا سقطت الدعوی.

ثم ان الجواب عن دعوی الجواهر بأن اختلاف متنه موجب للتزلزل فیه. هو أن التزلزل یکون فی حال اختلاف متن الخبر فی الکتاب الواحد، و أما هذا الخبر فقد رواه الصدوق «قده» بلفظ یختلف عن لفظ الکلینی «قده» ، و قد تقرر عندهم أن الشیخ الکلینی أضبط من غیره (۱)) ، مع أن المحتمل تعدد نفس الروایه، و محل الاستدلال روایه الکلینی، و مع التنزل فان الذیل الذی اتفقا علیه ظاهر فی الدلاله علی القول الأول.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۲.

و ليس مخالفه ما تدل عليه روايه الفقيه لفتوى أبى حنيفه مرجحه، لأن الترجيح بمخالفه العامه هو فى الخبرين المتعارضين حكما لا المختلفين زياده و نقصانا.

و احتمال تقدير جمله، بأن يقال: فان لم يحلف-أى المدعى عليه-ورد اليمين على المدعى فحلف-فعليه. ضعيف جدا.

هـذا، و قد تلقى الأصـحاب هذا الخبر بالقبول و أفتوا على طبقه فى لزوم ضم اليمين إلى البينه فى الدعوى على الميت-و لا دليل لهم غيره-و هذا جابر لضعف سنده.

ثم ان صـاحب الجواهر بعـد أن ذكر أدله الطرفين قال: «و بـذلك كله ظهر لك أن أدله الطرفين محل نظر. نعم قـد يقال: انه بعد فرض الإجمـاع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحـد الأمرين و ان اختيار أمر ثالث. خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئـذ انه يرد اليمين منه على المـدعى، لأصـاله عـدم ثبـوت الحق بـدونه و لظهـور حصـر اسـتخراج الحقـوق فى مضـمر يونس بالأـربعه، و مجرد النكول خـارج عنهـا، بـل لعـل النصوص المسـتفيضه أو المتواتره الـداله على انحصـار كيفيه القضاء بين الناس بالبينات و الايمان تقتضى ذلك.» .

أقول: أما الإجماع المركب فمنتف هنا، و أما أصاله عدم ثبوت الحق بدون رد اليمين على المدعى فمعارضه بأصاله عدم وجوب رد اليمين حينئذ، مع أن حكم الحاكم بوجوب أداء الحق على المنكر ان كان من جهه نكوله فالحق ثابت، و ان كان الحكم مترتبا على اليمين أو الرد فلا يحكم عليه بدفع الحق. فظهر أنه لا مجال لجريان أصاله عدم ثبوت الحق، لأن موجب الحكم فى الصوره الأولى حاصل قطعا و فى الثانيه غير حاصل قطعا و حيث يتردد الأمر بين أمرين مقطوع بهما لا يجرى الاستصحاب أبدا، الا أن يقال هنا بأن الأصل عدم جعل حكم للنكول، لكن هذا الأصل أيضا معارض بأصاله عدم جعل جواز الرد أو وجوبه أو وجوب إلزام المدعى عليه بالرد على الحاكم.

و الحاصل: انه لو افترقت الأمه على قولين، فقالت طائفه بأن مجرد النكول موجب لحكم الحاكم، و قالت أخرى: بأنه ليس له الحكم بالنكول بل يأمر المنكر برد اليمين على المدعى-أو يردها هو من قبله-فان حلف حكم بثبوت الحق و الا حكم بسقوطه، فان كان القولان متباينين-نظير ما إذا قالت طائفه بوجوب الجمعه فى زمن الغيبه و قالت الأخرى بحرمتها-فلا مجال للاستدلال لأحد القولين بالأصل، و ان كان القولان غير متباينين كأن يكون الاختلاف بينهما حول شرط من شروط الواجب أو جزء من أجزائه بأن تقول إحداهما بوجوب السوره فى الصلاه و تقول الأخرى بعدم وجوبها

مع اتفاقهما على اجزاء الصلاه مع السوره، فهنا لا تجرى أصاله عدم وجوب السوره لعدم الشک فی اجزاء الصلاه الواجده لها.

و على هـذا فان كان مقتضـى القول بكفايه النكول عدم لزوم الرد على المدعى مع عدم المنع عنه، و مقتضـى القول الأخر لزومه بعـد النكول، فالقولان متفقان على ثبوت الحق ببـذل المدعى اليمين المردوده و نفوذ الحكم بذلک قطعا فلا مجال لأصاله العدم حينئذ، لكن أصاله العدم بالنسبه إلى النكول وحده جاريه كما فى الجواهر.

هذا، فان رد اليمين على المدعى فنكل فقولان كذلک، و هنا أيضا يتعارض الأصلان.

فظهر أن الأصـل الـذى ذكره فى الجواهر يجرى فى حـال قبول الطرفين لترتب الأثر على رد اليمين على المـدعى مع عـدم وجود قول ثالث فى البين.

و أما اسـتدلاله بظهور حصـر اسـتخراج الحقوق فى مضـمر يونس بالأربعه. ففيه نظر، إذ الروايه فى مقام بيان طرق استخراج الحق من طرف المدعى فقط لا مطلقا و الا فإن إقرار المدعى عليه مثلا من أسباب ثبوت حق المدعى و ليس له ذكر فى الروايه.

و أمـا قوله: بـل لعل النصوص المسـتفيضه. ففيه: أن الأمر يـدور بين تخصـيص دليل وجوب البينه على المـدعى بأن نقول: إلا فى حال رد المنكر اليمين عليه، و بين تخصيص دليل وجوب اليمين على المنكر، بأن نقول: إلا إذا ردها على المدعى فحينئذ تجب

على المـدعى لا المنكر، لكنا ذكرنا سابقا بأن اليمين توجب الاطمئنان نوعا بصدق الحالف و ان الامتناع منها يكشف-نوعا- عن الكذب، فهى مؤثره وجودا و عدما، فميزان القضاء هو بينه المدعى و يمين المنكر أو نكوله عن اليمين.

لو بذل اليمين بعد النكول:

و كيف كان فقد قال المحقق: «و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه» .

أقول: لو بـذل المنكر يمينه فان كان بـذله لها بعـد حكم الحاكم بنكوله فلا ريب فى عدم الالتفات إليها، و هو المشـهور بل عليه الأـكثر بـل ادعى عليه الإجمـاع، لأـن الحكم قـد فصل الخصومه و قطع النزاع و لا يجوز نقضه، و ان كان بـذله قبل الحكم و بعد النكول فكـذلك، لاـن النكول حينئـذ كـاليمين و الإقرار و البينه فى تعقب الحكم له من دون حاله منتظره، فلا أثر لبـذل اليمين- بمعنى حلفه هو أو رد اليمين على المـدعى-و لا يلتفت اليه، انما الكلام فى كيفيه تحقق النكول، فالمحقق «قده» على أنه يقول له الحاكم:

ان حلفت و الاـ جعلتـك ناكلا و يكرر ذلك ثلاثا، و اكتفى صاحب الرياض بالمره الواحـده، و عن كاشف اللثام انه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا و لا مره، و هو الأظهر.

و أما بناء على القول الثانى من أنه لا يحكم عليه بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فيلتفت إليه، لأنه يكون حينئذ كالبذل قبل

الحکم، فان حلف المدعی لم یلتفت الیه کذلک لأنه حینئذ یحکم علیه الحاکم بدفع الحق الی المدعی و بذلک ینقطع النزاع.

قال فی الجواهر: ان أدله القولین لا یعارضـها إطلاق ما دل علی أن الیمین علی المنکر بعد تقییدها به، قال: بل فی الریاض دعوی اختصـاصه بحکم التبـادر و غیره بیمینه قبـل الحکم علیه بنکول أو إحلاـف المـدعی برد الیمین علیه و لو من الحاکم. قلت: و أما بنـاء علی ما ذکرنا من أن ما دل علی ذلک ظاهر فی تأثیر الیمین وجودا و عـدما و أنه لو امتنع عن الیمین یتحقق النکول و یحکم علیه بالحق، فلا تصل النوبه إلی الإطلاق و التقیید أو دعوی الانصراف.

و فی الریاض: هـذا إذا کان الحکم علیه بنکوله بعد عرض حکمه علیه و لو مره و لو قضـی بنکوله من غیر عرض فادعی الخصـم الجهل بحکم النکول ففی نفوذ القضاء اشکال: من تفریطه و ظهور عذره، و لعل الثانی أظهر و بالأصل أوفق.

و أشـکل علیه فی الجواهر بأنه: لیس فی شیء مما وصل إلینا من الأدله وجوب العرض علیه بمعنی اعلامه حکم النکول و الأصل البراءه، فلا وجه لنقض الحکم حینئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غیره.

أقول: لیس شـرط نفوذ الحکم علم المنکر بحکم النکول، فـان الحکم نافـذ و الأصل براءه ذمه الحاکم عن وجوب الاعلام، لکن تمسک صاحب الجواهر باستصحاب بقاء الحکم و نفوذه الثابت

ص:۳۲۸

قبل البذل لو شك فی بقائه بعده، مخدوش بأن المتیقن تأثیر الیمین أو الرد شرعا قبل صدور الحکم، و بعد الحکم حیث یشک فی بقاء التأثیر و عدمه فیستصحب فیقع التعارض بین الاستصحابین.

و لو بذل المنکر یمینه قبل حلف المدعی الیمین المردوده- قال فی الجواهر-فالمتجه جوازه للأصل، من غیر فرق بین کون الرد منه أو من الحاکم، أی: ان الرد وحده لیس موضوع الحکم الشرعی بل هو الرد و یمین المدعی بعد، فإن أظهر استعداده للیمین قبل حلف المدعی فقد حصل ذلک قبل تحقق موضوع الحکم الشرعی، فلذا یلتفت الیه.

و لو بذلها بعد حلف المدعی الیمین المردوده و قبل حکم الحاکم فقولان، من أن الفاصل للنزاع هو الحکم فما لم یحکم الحاکم یجوز بذله و یلتفت الیه، و من أنه لما حصل سبب الحکم و موجبه فقد قامت الحجه التامه للحاکم لان یحکم علی طبقها فیجب علیه إصدار الحکم لا أن ینتظر قیام سبب آخر علی خلاف السبب القائم. نظیر الإقرار، فلو أقر المنکر بما یدعیه المدعی ثبت الحق و لزم الحکم بذلک، فلو رجع عن إقراره لا یلتفت الیه و ان کان قبل الحکم.

هل یأمر الحاکم المدعی بإحضار البینه؟

قال المحقق: «و لو کان للمدعی بینه لم یقل الحاکم أحضرها لأنه حق له» .

أقول: هـذا شـروع فيما يتعلق بالمـدعى من الاحكام، و ظاهر «لم يقل» عـدم الجواز، و يشـهد بذلك قوله فى مقابل هذا القول «و قيل: يجوز» . و وجه عـدم الجواز: ان الحق للمـدعى و ليس للحاكم إجباره على إقامه البينه لاحقاق حقه. و لكن هـذا الـدليل هو بالنظر الى القاعـده الكليه فى الحقوق، فالقاعـده العامه فيها هى أن من كان ذا حق على أحد لا يجوز إجباره على استيفاء حقه، و أن للمدعى أن يطالب بيمين المنكر و ان كان له بينه على ما يدعيه.

فهـذا الـدليل يفيـد الحكم بعـدم جواز الإلزام و لاـ يقتضـى حرمه أن يقول له «أحضـرها» من بـاب الإرشاد و التنبيه كما هو أحد الأقوال فى المسأله، فالأقوال أربعه: عدم الجواز مطلقا، و الجواز مطلقا، و التفصـيل المذكور، و قيل: يجوز ان كان الغرض تعليمه المسأله.

و الظاهر أنه ان كان قوله من باب الإرشاد فهو جائز.

هـذا بحسب القواعـد الكليه، و أما بالنسـبه إلى مورد المخاصـمه فهل مـدلول الأخبار الداله على أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر هو أن اليمين على من أنكر ان لم يكن للمـدعى بينه أو لاـ بل يجوز إحلاف المنكر و ان كانت البينه حاضـره؟ فى الوسائل «باب أن المدعى إذا لم يكن له بينه فله استحلاف المنكر.» (۱) و النصوص الداله على ذلك كثيره، ففى خبر محمد

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

ابن مسلم: «فی الرجل یدعی و لا بینه له قال: یستحلفه.» .

فهذا الخبر وارد فی مورد عدم وجود البینه، فله استحلافه حینئذ، فالظاهر هو الوجه الأول و أن میزان المرافعه هو إقامه المدعی البینه فان لم یکن عنده بینه فله استحلافه فان رد الیمین علی المدعی فحلف ثبتت الدعوی و ان نکل سقطت. و ان وظیفه الحاکم هو الحکم بحسب هذا المیزان.

و فی خبر عبید بن زراره: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لا بینه للمدعی. قال: یستحلف أو یرد الیمین علی صاحب الحق» .

و فی خبر: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه. بشهاده رجلین عدلین.» .

و فی مرسله أبان: «فی الرجل یدعی علیه الحق و لیس لصاحب الحق بینه. قال: یستحلف المدعی علیه.» .

فمفاد هذه النصوص (۱) و غیرها أن میزان المرافعه عند الشرع ذلک، فکیف نرفع الید عنها و نقول: ان اقامه البینه حق للمدعی و له رفع الید عن حقه؟ و یؤید ذلک أنا لم نجد خبرا یتضمن یمین المنکر أو استحلافه مع وجود البینه.

قال: «و قیل: یجوز و هو حسن» .

أقول: أی: یجوز الإلزام بناء علی ما ذکرنا فی معنی «لم یقل» . لکن القول بجواز الإلزام غیر تام.

۱- ۱) و هی فی الباب المذکور من وسائل الشیعه.

بعض أحكام البينه:

لو كان للمدعى بينه فهنا ثلاثه أحكام، الأول ما تقدم من قول المحقق «لم يقل الحاكم أحضرها» .

و الحكم ثانى قول المحقق: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدعى» .

و الحكم الثالث قوله: «و مع الإقامه بالشهاده لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا» .

و الدليل على هذه الأحكام الثلاثه قول المحقق فى ذيل الأول:

«لأن الحق له» أى الحق للمدعى فى هذه الحالات، فله ألا يحضر البينه و ان لا تدلى بشهادتها مع حضورها و ألا يحكم الحاكم فى القضيه بعد إقامتها بأن ينصرف عن حقه، أو يرضى بيمين المدعى عليه حينئذ فإن حلف كان له الانصراف عن حقه و ان امتنع أو رد اليمين على المدعى فهل على المدعى أن يحلف مع وجود البينه أو لا؟ فيه بحث.

و كيف كان فإنه يستفاد من هذه الاحكام مطلب آخر، و هو أن للمدعى أن يطالب المدعى عليه باليمين بعد إقامه الشهاده و قبل حكم الحاكم له، الا ـ أنا ذكرنا سابقا أن المنسبق من قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» بضميمه أدله «البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» انه لو كان للمدعى بينه على دعواه لا ـ تصل النوبه إلى مطالبه خصمه باليمين، فهو و ان كان له الانصراف عن حقه لقاعده السلطنه، أما كون التخيير بين اقامه

البينه و بين المطالبه بيمين المنكر حقا له فغير معلوم، بل لا- يبعد أن يكون من جمله الأحكام المقرره لمجلس القضاء و فصل الخصومه أن يطالب الحاكم المدعى بإقامه البينه، فان لم تكن عنده فيطالب المنكر باليمين، فليس تخيير المدعى بين الأمرين حقا له، كما أنه ليس من حقوق الحاكم أن يطلب من المنكر اليمين مع وجود بينه المدعى خلافا لمن قال بذلك.

هذا، و لكن ظاهر بعض الاخبار كروايه ابن أبى يعفور هو تخيير المدعى فى ذلك، فقد جاء فيها: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت: و ان كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم و ان أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامه ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه» (1) .

فهى ظاهره فى وجدانه البينه قبل رضاه بيمين المنكر، الا أنها غير ظاهره فى كون ذلك بعد إقامه البينه و قبل الحكم.

و المستفاد من روايه أبى العباس: «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين» (2) انه لا أثر لرد اليمين بعد إقامه البينه بل يحكم الحاكم له.

و فى روايه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام

١- ١) وسائل الشيعه ١٨-١٧٩. الباب-٩ من أبواب كيفيه الحكم.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨-١٧٨. الباب-٨ من أبواب كيفيه الحكم.

عن الرجل یقیم البینه علی حقه هل علیه أن یستحلف؟ قال: لا» (۱) .

فـان کـان «یسـتحلف» مبنیـا للمعلوم کـان المعنی أنه لیس علیه أن یسـتحلف المنکر، و ان کان مبنیا للمجهول کان المعنی انه مع إقامه البینه علی حقه لا یستحلف المدعی مع البینه، و الثانی هو الظاهر.

و فی روایه القاسم بن سـلیمان عن عبیـد بن زراره: «فی الرجل یـدعی علیه الحق و لا بینه للمـدعی. قال: یسـتحلف أو یرد الیمین علی صاحبه فان لم یفعل فلا حق له» (۲) .

و فی روایه یونس: «فـان لم یکن شاهـد فـالیمین علی المـدعی علیه، فان لم یحلف ورد الیمین علی المـدعی فهی واجبه علیه أن یحلف» (۳) فان مفهومها أنه ان کان له شاهد فلا یمین علی المدعی علیه.

فالحاصل: ان له المطالبه بیمین المنکر مع وجود البینه بمقتضـی روایه ابن أبی یعفور، و أما أن یفعل ذلک بعد إقامه الشـهاده فلا دلیل علیه، بل مقتضی أدله الحکم مثل «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۴) وجوب الحکم علی الحاکم حینئذ.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. الباب-۷ من أبواب کیفیه الحکم. و «القاسم بن سلیمان» من رجال کامل الزیارات.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۶. و هی مضمره.

۴- ۴) سوره ص:۲۶.

و ظاهر عباره الجواهر أخيرا هو اختيار هذا الوجه حيث قال:

«لكن قد يقال: ان له الحكم و ان لم يسأله المدعى لان ذلك منصبه و وظيفته.» .

فـان كـان المـدعى جاهلاـ أو غافلاـ عن أنه ما لم يحكم الحاكم لم يثبت حقه فهل على الحاكم تنبيهه أو تعليمه ذلك كى يأذن بحكمه فيحكم أو لا يلزم عليه ذلك فلا يجب أن يحكم؟ وجهان.

ثم ان التمس المدعى سؤال الحاكم البينه فهل للحاكم أن يأمرها بالشهاده أو ليس له ذلك؟ ذهب الى الثانى جماعه و قالوا:

له أن يقول: من كان عنده شـهاده فلا يكتمها، لأن الأمر بالشـهاده قد يوهم الأدلاء بالشهاده و ان لم تكن عن علم، و لكن هذا لا يمكن المساعـده عليه إذ لاـ يكون معنى الأـمر بالشـهاده مـا ذكروا و لا يتوهمه أحـد، بل ان عليه أن يأمرهما بالشـهاده لو احتمل كتمانها من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فالحق هو القول الأول.

حكم جرح المدعى عليه البينه:

قال المحقق «قده» : «و بعد أن يعرف عداله البينه يقول: هل عندك جرح؟ .» .

أقول: و كيف كان فإن أقيمت الشهاده و عرف الحاكم عداله البينه فإن قال للمدعى عليه: هل عندك جرح؟ فأجاب: نعم و سأل الانظار فى إثبات الجرح أنظره الحاكم ثلاثه أيام، و ان قال: لا،

حکم للمـدعی. لکن فی الروایه (۱) إمهاله أمـدا-یحضـر فیه الجارح، بل هو مقتضـی أدله القضاء. و لعله لذا احتمل فی کشـف اللثام تنزیل إطلاق العباره علی ما إذا لم یـدع بعـد مسافه البینه بحیث لا تحضـر فی ثلاثه أیام، و اعترض علیه فی الجواهر و وجه العبـاره بـأن التأخیر ثلاثه أیام لقاعـده لا ضـرر و لا ضـرار، الا أنه کلام لا یمکن قبوله لان الخصم علی حجته فمتی أثبت الجرح بطـل الحکم و سـقطت الـدعوی، فلو انقضت الثلاـثه أیام و أثبت الجرح کشف عن بطلان الشـهاده و أن الحکم الصادر لم یکن علی طبق الموازین الشـرعیه، أی: ان العـداله المعتبره فی الشاهد هی نظیر العداله المعتبره فی شاهد الطلاق لا العداله المعتبره فی إمام الجماعه.

و یحتمل أن وجه تحدید الأصحاب الأمد بثلاثه أیام هو أن المستفاد من الروایه کون الأمر بید الحاکم، و حینئذ فمقتضی الحکم بالحق و العدل هو الانظار ثلاثه أیام لا انه یکون ذلک بلحاظ قاعده لا حرج.

قال: «فان تعذر الجرح حکم بعد سؤال المدعی» .

أقول: ان تعـذر الجرح مده الانظار-و هی ثلاثه أیام-أو الأمد الذی یمکن إتیان البینه فیه بحسب المتعارف علی اختلاف الموارد حکم علیه الحاکم بعد سؤال المدعی ذلک عند المحقق.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۵. الباب-۱ من أبواب آداب القاضی.

حكم ما لو كانت الدعوى على الميت:

قال المحقق «قده» : «و لا يستحلف المدعى مع البينه الا أن تكون الشهاده على ميت.» .

أقول: فى هـذا الفرع حكمـان «الأول» : انه لاـ يستحلف المـدعى مع البينه، و الـدليل على ذلـك الإجماع المـدعى، مضافا الى النصوص الـوارده فيه، مثـل خبر محمـد بن مسلم: «سألت أبـا جعفر عليه السـلام عن الرجـل يقيم الـبينه على حقه هـل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» (۱) .

و خبر أبى العبـاس عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قال: «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينه فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فان أبى أن يحلف له فلا حق له» (۲) .

لكن فى الخبر فى وصيه أمير المؤمنين عليه السلام لشريح:

«ورد اليمين على المدعى مع بينته فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» (۳) و لكنه ليس بحجه لضعفه، و لم يأخذ به أحد من الأصحاب فضعفه غير منجبر، و قد حمل على بعض الوجوه، و لكن الاولى فى

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۷. الباب-۸ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۸. الباب-۸ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۵۵.

الجواب عنه ما ذکر، و بالجمله فالحکم فی الفرع الأول خال عن الاشکال.

«الحکم الثانی» : لو کانت الشهاده علی میت استحلف المدعی علی بقاء حقه فی ذمه المیت استظهارا، قال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فیه بین من تعرض له کما اعترف به غیر واحد، و العمده فی الاستدلال علیه هو النصوص مثل:

ما رواه عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه قال: «قلت للشیخ: خبرنی عن الرجل یدعی قبل الرجل الحق فلم تکن له بینه. قال: فیمین المدعی علیه فان حلف فلا حق له، و ان رد الیمین علی المدعی فلم یحلف فلا حق له (و ان لم یحلف فعلیه)و ان کان المطلوب بالحق قد مات فأقیمت علیه البینه، فعلی المدعی الیمین باللّه الذی لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعلیه و الا فلا حق له، لأنا لا ندری لعله قد أوفاه ببینه لا نعلم موضعها، أو غیر بینه قبل الموت، فمن ثم صارت علیه الیمین مع البینه، فإن ادعی بلا بینه فلا حق له، لان المدعی علیه لیس بحی، و لو کان حیا لألزم الیمین أو الحق أو یرد الیمین علیه، فمن ثم لم یثبت الحق» (۱) .

و بالجمله فلا إشکال فی أصل الحکمین المذکورین، انما الکلام فی جهات:

ص:۳۳۸

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۷۲. الباب-۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

(الاولى): هل البينه فى الدعوى على الميت ساقطه عن الحجيه إلا إذا ضم إليها اليمين أو أنها باقيه على حجيتها و لكن وجبت اليمين على المدعى معها، من جهه أن المدعى عليه لو كان حيا و ادعى وفاء الدين و أنكر هو ذلك لوجبت عليه اليمين؟ و ثمره هذا البحث واضحه، إذ على الأول لا حجيه للبينه بدون اليمين مطلقا، و أما على الثانى فيترتب الأثر على البينه لو كان معذورا عن اليمين.

(الثانيه): هل يمكن التعدى عن مورد السؤال فى النصوص الى غيره أو لا؟ للتعدى عن مورد النص أنحاء، كالتعدى عن احتمال الوفاء الى احتمال الإبراء أو الوفاء بواسطه غيره فى حياته أو بواسطه وصيه بعد موته.

و كالتعدى عن الدائن إلى وليه، بأن نقول لا يشترط أن يكون مقيم الدعوى هو الدائن بل تسمع حتى لو أقامها وليه أو وصيه.

و كالتعدى عن الدين الى العين.

و كالتعدى عن البينه إلى الشاهد الواحد و اليمين.

(الثالثه): أنه بناء على عدم التعدى عن مورد النص الى الموارد المذكوره، فلو ادعى عينا على ميت فهل تسمع دعواه و تكفى البينه أو الشاهد الواحد مع اليمين لإثباتها أو لا تسمع أصلا؟ و بناء على التعدى و الإلحاق فهل تسمع دعواه لو كان معذورا عن اليمين و يكتفى لإثباتها بالبينه أو هى حينئذ ساقطه؟

ص:۳۳۹

(الرابعه): هل الوجوه و الاحتمالات التى يذكرها الامام عليه السلام فى جواب عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه تقتضى قصور حجيه البينه فى الدعوى على الميت؟ .

أقول: ان التعدى و الخروج عن مورد النص الى الموارد الأخرى يحتاج الى القطع بملاك الحكم الوارد فى النص و وجود ذلك الملاك بالقطع و اليقين فى غيره، أو الاستظهار من نفس اللفظ، أو العلم بعله الحكم بمناسبه الحكم و الموضوع فيحكم به فى كل موضوع وجدت فيه تلك العله، و أما تعديه الحكم من موضوع الى آخر من باب «حكم الامتثال فيما يجوز و فيما لا يجوز واحد» فهو قياس باطل و أما تنقيح المناط فالمعتبر منه القطعى و تحصيله مشكل.

فالمتعين هو الاستظهار من النصوص و الدقه فيها للوصول إلى أحكام الفروع المشار إليها فى الجهات المذكوره.

ففى خبر عبد الرحمن: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حقه لعليه فإن حلف و الا فلا حق له لأنا لا ندرى لعله قد وفاه ببينه لا نعلم موضعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادعى و لا بينه فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحى و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه الحق» .

و هو ظاهر فى أن يكون المدعى نفس صاحب الحق لا وليه أو وارثه أو وصيه. اللهم الا أن يقال بأن ما ذكره الامام عليه السلام فيه هو على سبيل التمثيل و لكنه مشكل. و أما دعوى الإطلاق فى «المطلوب بالحق» فمشكل أيضا لا سيما بالنظر الى ما جاء بعده من قوله: «فعلى المدعى اليمين. و ان حقه لعليه» .

و كذا التمسک لذلک بالتعليل المذکور فى الخبر، و هو قوله عليه السلام «لأنا لا ندرى لعله قد وفاه ببينه لا نعلم موضعها.» بأن نقول بأنه فى كل مورد لا ندرى لعل المدعى عليه قد وفى ما للمدعى ببينه كذلك وجبت اليمين لإثبات الحق، سواء كان الحالف المدعى نفسه أو وليه أو وصيه أو وارثه، لاحتمال كون هذا الكلام تعليلا للحكم بوجوب اليمين على المدعى نفسه. نعم لا مانع من التمسک به للتعدى عن الدين الى العين، و عن الوفاء إلى الإبراء و نحوه.

و بالجمله لا نتمكن أن نستفيد من هذه الروايه جواز حلف الولى أو الوصى أو الوارث مثلا بدلا من المدعى، كما أنه ليس عندنا دليل يدل على جواز يمين أحد بدلا عن غيره، بل من المسلم به أن اليمين حجه للحالف فقط و لا أثر ليمين غير ذى الحق و ان كان وليه و كان عالما بالواقع، و سيأتى وجهه فى محله ان شاء اللّه تعالى.

و هل يتعدى الحكم من الميت إلى الغائب و الطفل و المجنون؟ قولان ذكرهما الشهيد الثانى «قده» فى المسالک و اختار العدم تبعا للمحقق و خلافا للأكثر.

ص:٣٤١

و كيف كان فعلى التعدى لا حجيه للبينه إلا بضم اليمين إليها، و كذا فى الموارد التى لا يتمكن المدعى من اليمين لأنها حقه و لا يتولاه غيره، و قال جماعه بأنه ان وجب الجمود فى كيفيه اليمين على ظاهر اللفظ الوارد فى الخبر فهو، و أما ان كان المراد هو اليمين بحسب حال الحالف-كما هو ظاهر الخبر الأخر-فلا مانع من يمين الولى مثلا حيث يقيم الدعوى بدلا عن الطفل المولى عليه على الميت، فيحلف باللّه الذى لا إله الا هو لقد مات فلان و ان حق هذا الطفل لعليه، ان كان عالما بذلك، و الا لم يحلف، فان ادعى وارث الميت على الولى العلم بأن الميت قد وفى الطفل حقه كان له أن يحلف على نفى العلم بذلك.

و لو فرض كون الولى عالما بأداء الميت حق الطفل لم يجز له المطالبه بشىء، و لكن هذا لا يمنع الطفل من المطالبه بحقه عند كبره.

هذا كله بناء على القول بسقوط البينه عن الحجيه ما لم تضم إليها اليمين و ان كان المدعى غير متمكن منها، الا أن المختار أنه فى الفرض المذكور يعتمد على البينه و يحكم له بها.

ثم ان صاحب الجواهر «قده» لما كان يميل الى القول بالتعدى بالنسبه الى بعض الموارد اعترض على معاصره القائل بكفايه البينه فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر-لان الدليل انما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى فيبقى ما عداه على الأصل و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفى العلم-بأن ظاهر الفتوى

ص:٣۴٢

و النص خصوصا الصحيح كون ذلك-أی البينه مع اليمين-هو الحجه علی الميت، فيتجه حينئذ سقوط الحق.

أقول: مراده من «الصحيح» هو صحيحه الصفار: «كتب محمد بن الحسن الصفار الی أبی محمد الحسن بن علی عليه السلام هل تقبل شهاده الوصی للميت بدين له علی رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلی المدعی يمين. و كتب: أ يجوز للوصی أن يشهد لوارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم، و ينبغی للوصی أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهاده. و كتب: أو تقبل شهاده الوصی علی الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين» (۱) .

ثم قال قدس سره «الا أنه كما تری مناف لمذاق الفقه، فقد يقال ان للوارث الحلف علی مقتضی الاستصحاب كما يحلف علی مقتضی اليد. لكن هو-مع أنه كما تری أيضا خصوصا إذا كان المستصحب غير معلوم له و انما شهدت به البينه-لا يتم فی الوصی الذی لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم الا أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتا، بل هو شرط فی حجيه البينه التی هی فی الحقيقه المثبته، أو يقال بالاكتفاء بيمين الوارث مع البينه فی إثبات مفادها الذی

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۲۷۳. الباب-۲۸ من أبواب الشهادات.

لا فرق فيه بين متعلق الوصايا و الإرث، لأنها من الحجه المثبته للموضوع فى نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثه بل يكفى يمين واحده من أحدهم، لان مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده فى تماميه حجيه البينه التى قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و ان أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع و ان كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش فى قبول اليمين من الوارث لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء و الإبراء و نحوهما، و لا يكون منه على البت لانه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق كما سمعته أولا، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الامارات على وجه لا وثوق بشىء منها» .

قلت: لكن الشك فى ثبوت الحق و عدمه مسبب عن الشك فى تخصيص أدله حجيه البينه زائدا على القدر المتيقن، و قد تقرر فى محله جريان الأصل فى السبب، فلو أريد الرجوع الى الأصل فى هذا المقام كان المرجع أصاله عدم التخصيص الزائد لأدله حجيه البينه، و يكون الحاصل حجيتها فى المورد من غير توقف على ضم اليمين إليها.

ثم قال رحمه اللّه: «نعم قد يقال-بعد استبعاد سقوط الحق

مع البينه العـادله خصوصا مع قطع الوارث بالحق، بل يمكن دعوى معلوميه خلافه و لو بالسـيره القطعيه، و اسـتبعاد سـقوط اليمين فى الدعوى على الميت مع ظهور النص و الفتوى فيه-ان المتجه إلزام الوارث باليمين على نفى العلم باستيفاء مورثه أو إبرائه.

لكن فيه: أن اليمين على نفى العلم تفيد فيما إذا كان عدم علم الوارث مؤثرا، و هنا لا أثر لعدم علمه باستيفاء مورثه حقه أو إبرائه إياه، إذ لا ملازمه بين عـدم علمه بـذلك و ثبوت الحق، و المفروض أن هـذه اليمين هى للاسـتظهار، و حيث لا أثر لهـذه اليمين فان المتجه هو القول بخروج هذا الفرع من تحت تلك النصوص و لو بالسيره القطعيه، فلا بد من الأخذ بالبينه.

و من فروع المقام ما ذكره فى المسالك بقوله: «لو أقر له قبل الموت بمده لا يمكن فيها الاستيفاء عاده ففى ضم اليمين إلى البينه وجهـان، من إطلاـق النص الشامـل لموضع النزاع و قيـام الاحتمـال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعـد الموت، و من البناء على الأصل و الظاهر من بقاء الحق. و هذا أقوى» .

قلت: و الصـحيح هو الوجه الثـانى، و أما ما أورد عليه فى الجواهر من أنه مناف لإطلاق صـحيح الصـفار ففيه أن التعليل الموجود فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه حيث قال عليه السـلام: «لأنا لا ندرى لعله قد وفاه.» يقيد إطلاق صـحيح الصـفار فلا يشـمل هذا المورد الذى نعلم بعدم وفاء الميت للحق. و مما ذكرنا يظهر

الإشـكال فی قوله بعد ذلک «مع أن ظاهر الصـحیح المزبور التعبد» لانه لا مجال لهذا الاسـتظهار مع وجود التعلیل المذکور الذی یقتضی کون الیمین للاستظهار.

قـال: ثم ان ظـاهر قوله: «و قبضه من مـاله و لو بعـد الموت» مراعـاه نفی الاحتمـال بعـد الموت أیضـا، لکن ظاهر الیمین فی الخبر المزبور اعتبار نفیه الی حین الموت دون ما بعده» . أقول:

لکن مقتضی التعلیل فی الخبر هو العموم لما بعد الموت.

أحکام قیام البینه علی الغائب و الصبی و المجنون:

قـال المحقق «قـده» : «و لو شـهدت علی صـبی أو مجنون أو غـائب ففی ضم الیمین إلی الـبینه تردد، أشـبهه أنه لاـ یمین و یـدفع الحاکم من مال الغائب قدر الحق بعد تکفیل القابض بالمال» .

أقول: ذکروا أن للحاکم أو علیه أن یدفع من مال الغائب الی المدعی، و هذا سواء قلنا بأن الیمین شرط حجیه البینه هنا أو لم نقل بـذلک، فـإنه بعـد قیـام الحجه علی الحکم و تمامیه الحکم من قبل الحاکم یـدفع الحاکم من مال الغائب قـدر الحق الثابت علیه، لکن بعـد تکفیل القابض بالمال لأن الغائب علی حجته، فلو حضـر و ظهر براءه ذمته من الحق المدعی استرجع المال المأخوذ منه الیه. و هل المراد من الکفاله هنا هو الضـمان؟ ان الضـمان المصـطلح فی الدین هو: أن یضـمن الشـخص للدائن طلبه من المدین فینتقل الحق من ذمه المدین إلی ذمه الضامن و یکون هو المطالب

بـالحق فى حـال عـدم وفـاء المـدين بـالحق، لكن يشـكل أن يكون المراد من التكفيـل هنا هـذا المعنى لعـدم ثبوت اشـتغال ذمه القابض- فلا معنى لان يضـمنه غيره لانه من قبيل ضـمان ما لم يجب و هو باطل- و ان لم يكن عندنا قطع بعدم اشـتغال الذمه، و أما العين فان ضمانها يكون بنحو التعهد لأخذها و ردها الى صاحبها. و حينئذ يقع الشك فى هذا المورد لانه-لما يدعى المدعى الحق على الغـائب و يقيم البينه على ذلك و يحكم الحاكم له و يـدفع اليه من مال الغائب بقـدر الحق بعـد تكفيل القابض بالمال لما ذكرنا-يشك فى أنه هل يصـح ضـمان الدين المشـكوك. و بعباره أخرى: هل يصح أن يضـمن الحق على تقدير ثبوته؟ هذا فى غير ما نحن فيه مشـكل، لكن لما لم يكن ما نحن فيه من قبيل ضـمان ما لم يجب أمكن الضمان فيه على تقدير، نعم يبقى فيه اشكال أن الإنشائيات يشترط فيها التنجيز و لا يصح التعليق، الا أن يدفع بأن التعليق هو فى المنشأ لا فى الإنشاء.

هـذا، و لا حاجه الى ذكر دليل على جواز دفع الحاكم من مال الغائب الى المـدعى لوضوح أن ذلك هو الأثر المترتب قهرا على البينه و حكم الحاكم بالحق، و أما التكفيل فـدليل القول به هو النص و الا لم تكن حاجه إليه بعـد ثبوت أن الغائب على حجته و أنه يسترجع ما له فيما إذا حضر و ثبت براءه ذمته، و النص المشار اليه هو:

ما رواه الشيخ بإسناده عن أبى القاسم جعفر بن محمد عن

جعفر بن محمد بن إبراهيم عن عبد اللّه بن نهيك عن ابن أبى عمير عن جميل بن دراج عن جماعه من أصحابنا عنهما عليهما السلام:

«الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينه و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء» . و يمكن أن يستفاد منه اشتراط تعدد الكفيل لكن فى الجواهر أنه لم يعثر على قائل به، و لعل وجه عدم القول بذلك جعلهم العباره نظير قولهم: إذا شهد عليه المسلمون فكذا حيث يراد بذلك المسلم، و كذا قولهم: يشترط اذن العلماء فى كذا، حيث يقصد العالم لا جميع العلماء.

قال فى الوسائل: و عنه عن أبيه عن سعد بن عبد اللّه عن أيوب ابن نوح عن محمد بن أبى عمير عن جميل مثله (۱)) .

و نحوه ما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، لكن فيه: «إذا لم يكن مليا» (۱)) فإنه ظاهر فى تكفيل القابض إذا لم يكن مليا، و أما إذا كان مليا فلا يجب، و لعل وجه ذلك أنه ان كان

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۶. الباب-۲۶ من أبواب كيفيه الحكم.

فقیرا و لم یؤخذ کفیل ضاع حق الغائب علی تقدیر براءه ذمته، لان المفروض إفلاس المدعی و المفلس فی أمان اللّه. و من هذه الروایه یعلم أیضا أن المـدعی یکفل من جهه المال الـذی یأخـذه لا من جهه شـخصه، و لذا لو أقام المدعی علیه البینه علی براءه ذمته أخذ الحاکم حقه و أرجعه الیه و ان لم یکن المدعی حاضرا.

هـذا، و لیس فی الروایـات ذکر للیمین، و من هنـا یتوجه القول بعـدم لزومها هنا. و لو سـلم عموم التعلیل فی روایه الـدعوی علی المیت الـداله علی لزوم الیمین فی تلـک الصوره لمـا نحن فیه کانت روایات هـذا المقام مخصـصه لتلک الروایه و تکون النتیجه لزوم الیمین فی کل مورد جهل حال المدعی علیه من جهه أداء حق المدعی الا الغائب فلا یلزم فی الدعوی علیه ضم الیمین إلی البینه. الا أن یقال بلزومها هنا أیضا من جهه أنه لا منافاه بین اشتراط الیمین هناک و اشتراط الکفیل هنا و عـدم ذکر الیمین هنا لا ینفی لزومهـا، بـل ان المراد من الـبینه هو البینه مع الیمین، و لکن هـذا الاحتمـال خلاـف الظـاهر، لاـن ظـاهر الأـدله کفـایه البینه بوحدها.

هذا، و جمیل من أصحاب الإجماع و الروایه معمول بها عند الأصحاب فلا یقدح إرسالها فی حجیتها (۱)) .

ص:۳۴۹

ثم ان صاحب المسالک قال فی شرح عباره المحقق «قده» :

و انما اعتبر المصنف الکفیل لانه لم یوجب علیه الیمین مع البینه، فجعل الکفیل عوضا عنه لاحتمال براءه الغائب من الحق علی وجه لا- تعلمه البینه، و من أوجب علیه الیمین لم یعتبر الکفیل الا- علی تقدیر تعذرها کما لو کان المدعی علی الغائب وکیل المستحق فإنه لا یجوز إحلافه فیستظهر بالکفیل، و لا شک فی أن الکفاله و الیمین احتیاط و استظهار الا أن ثبوتهما یحتاج الی دلیل» .

و قد استغرب صاحب الجواهر صدور هذا الکلام منه قائلا بأنه لو اشترطنا الیمین فإنه متی تعذرت علیه کما لو کان المدعی علی الغائب وکیلا لزم القول بعدم ثبوت الدعوی لا التکفیل عوضا عن الیمین، الا أن یقول بأن هنا روایتین إحداهما تفید الاستظهار بالکفیل و الأخری تفید الاستظهار بالیمین، و فیما نحن فیه یمکن التمسک بکل منهما و لا یجمع بین الأمرین، بل ان حلف فلا یکفل و ان کفل فلا یحلف، و أورد علیه فی الجواهر بأنه لا مانع من الجمع بین الأمرین، و من هنا اعتبر فی القواعد ضم الیمین الی التکفیل.

قال: و لکن لا یجب شیء من الأمرین لا فیما نحن فیه و لا فی

صوره الدعوى على الميت، بل ان القضيه تتم بحكم الحاكم، بعد قيام البينه و أما اليمين و الكفيل فللاحتياط و الاستظهار.

أقول: يتوجه هذا الكلام فى خصوص كون المدعى عليه غائبا لأن الروايه الداله على اعتبار ضم اليمين إلى البينه فى حال كون المدعى عليه ميتا تختص بموردها و لا تشمل محل الكلام، و حينئذ يكون اعتبار اليمين هنا من باب الاحتياط و الاستظهار، و قد استفاد فى الجواهر أن أخذ الكفيل فى حال عدم الملاءه-كما فى روايه محمد بن مسلم-هو للاستظهار أيضا و أنه ليس الحكم متوقفا على التكفيل، و لكن ظاهرها توقف دفع المال إليه فى هذه الحاله على التكفيل.

و عن الأردبيلى قدس سره الإشكال فى دفع المال الى المدعى لانه قد يستلزم الضرر على الغائب، و أن الخبر غير عام فينبغى الاقتصار على موضع الوفاق و هو فيما إذا علم الخصم بأنه إذا لم يحضر يحكم عليه و هو غائب لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

أقول: لكن الظاهر أنه فى مثل هذا الحكم الذى يستلزم الضرر غالبا لا يمكن القول بحكومه أدله لا ضرر.

هذا كله بالنسبه إلى الغائب، و كذلك المجنون و الصغير، فإنه بنفس البينه يحكم الحاكم على وليهما بدفع حق المدعى من دون حاجه الى ضم اليمين إلى البينه لعدم شمول روايه اعتبار اليمين

ص:۳۵۱

الوارده فی خصوص المیت لهما و قیاسهما علیه باطل بالضروره، فالأشبه أنه لا یمین وفاقا للمصنف و جماعه.

حکم ما لو ذکر المدعی ان له بینه غائبه:

قال المحقق: «و لو ذکر المدعی أن له بینه غائبه خیره الحاکم بین الصبر و بین إحلاف الغریم.» .

أقول: ذکر جماعه أنه لو ذکر المـدعی بعـد طرح دعواه عنـد الحاکم أن له بینه علی ما یدعی و لکنها غائبه خیره الحاکم بین أن یصبر حتی تحضر البینه و بین أن یحلف غریمه المنکر، و لیس للمدعی ملازمه الغریم و لا مطالبته بکفیل.

و لیس فی عباره المحقق «قده» ذکر لمده الصبر، و أما التخییر بینه و بین إحلاف الغریم فهو مقتضـی القاعده و لا حاجه الی دلیل خاص یدل علیه لان الخیار بیده و أن یمین الغریم حق ثابت له، بل له اختیار إحلاف الغریم حتی مع حضور البینه.

هـذا ما ذکره المحقق «قـده» هنا، لکن فی النافع: «و لو قال: البینه غائبه أجل بمقدار إحضارها، و فی تکفیل المدعی علیه تردد، و یخرج من الکفاله عند انقضاء الأجل» .

و قد ذکر الشهید الثانی «قده» فی المسالک أدله الطرفین، فدلیل عدم لزوم أخذ الکفیل هو أن الأصل براءه ذمه المدعی علیه من إعطاء الکفیل و لا دلیل علی جواز لإلزام بإعطاء الکفیل، و دلیل اللزوم: احتمال ضرر المدعی فیدفع الضرر بأخذ الکفیل. قال

فی المسالک: و هو الأحوط.

اذن فی المسأله ثلاثه أقوال.

و قد أشکل فی الجواهر فی التأجیل بأنه لا ثمره له، لأنه إن أحضر البینه بعد انتهاء المده سمعت الشهاده بلا خلاف، و لم یقل أحد بأنه یجبر علی الإحلاف بعد المده مع عدم حضور الشاهدین، و ان کان المراد تعیین الأجل للکفاله بناء علی جواز أخذ الکفیل کان له وجه، و تکون الثمره خروجه من الکفاله عند انقضاء الأجل، و لکن هذا لا یتلائم مع عباره النافع حیث تردد فی أخذ الکفیل، فیکون التأجیل لغوا.

لکن فی قول أمیر المؤمنین علیه السلام لشریح: «اجعل لمن ادعی شهودا غیبا أمدا بینهما فإن أحضرهم أخذت له بحقه و ان لم یحضرهم أوجبت علیه القضیه» دلاله علی لزوم تعیین الأجل، فمع انقضائه لم یمهل، الا أنه لا قائل بذلک، فالأولی حمله علی مجرد الإمهال حتی حضور البینه، مع احتمال حمله و ان کان بعیدا علی کون الشهاده علی جرح بینه المدعی بعد إقامتها، فیجعل لإحضار شهود الجرح أمد حتی لا یبقی النزاع بینهما. هذا کله لو فرض تمامیه سند الخبر.

و هل یلزم التکفیل؟ استدل للعدم بأن المدعی قد اختار الصبر حتی حضور البینه، فلا وجه لإلزامه المدعی علیه بإعطاء الکفیل أو ملازمته إیاه أو المطالبه بحبسه، لان حق المدعی غیر ثابت فکیف یقال بإضرار المدعی علیه فعلا کأن یحبس أو یلازم دفعا للضرر المحتمل

توجهه على المدعى.

فان قيل: اذن يؤخذ منه الكفيل لأنه ان كان ضررا على المدعى عليه فهو أقل من الضرر المحتمل توجهه الى المدعى، فنقول: ان قاعده نفى الضرر ليست مشرعه بل أنها قاعده ثانويه ترفع الحكم الاولى المجعول حالكونه ضرريا، و فيما نحن فيه لا حكم شرعى مجعول ترفعه قاعده نفى الضرر لكونه ضرريا.

فان قيل: ان حرمه الإلزام بالكفيل حكم ضررى فترفعه القاعده و يحكم بالجواز، فنقول: ان هذا المعنى يستلزم الضرر الكبير على المدعى عليه، و لا معنى لدفع ضرر أحد الشخصين بضرر الأخر.

و أما كون أخذ الكفيل هو الأحوط كما فى المسالك ففيه أن الأحوط هو العكس، لان معنى الاحتياط هو الإتيان بالفعل مثلا لأجل التيقن بفراغ الذمه على كلا احتمالى الوجوب و الاستحباب، و أما هنا فان فى أخذ الكفيل ضررا فعليا على المدعى عليه، و فى عدمه ضرر احتمالى على المدعى، فالأحوط عدم أخذ الكفيل منه، لأنه فى حال ترك الأخذ يعلم بعدم الضرر، و أما أخذ الكفيل فهو لدفع الضرر المحتمل مع أنه ضرر قد أقدم عليه المدعى باختياره الصبر فالأحوط الترك.

و قد يفصل بأنه إذا كان المدعى عليه مليا و يمكن استرجاع المال منه بعد ثبوت براءه ذمه الخصم فلا يكفل و الا فيكفل، و الوجه فى ذلك وجوب مراعاه الحاكم لأقل الضررين فى حال دوران الأمر بينهما.

ص:۳۵۴

و هذا أيضا ضعيف لانه يلاحظ أقل الضررين ان كانا متوجهين الى شخص واحد لا شخصين.

و على التكفيل فهل يتعين فى ضرب مده ثلاثه أيام كما عن ابن حمزه أو يناط بنظر الحاكم؟ قولان.

و ان كان له شاهد واحد و ذكر أن الأخر غائب فقد قيل بحبسه حتى يحضر الأخر، و الأشبه أنه لا وجه للحبس و لا للتكفيل، فهذا الفرع كسابقه.

٣-الأحكام المترتبه على سكوت المدعى عليه:

قال المحقق: «و أما السكوت فان اعتمده ألزم بالجواب فان عاند حبس حتى يبين، و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل. و الأول مروى.» .

أقول: ان سكت المدعى عليه أو قال: لا أدرى، فتاره يكون سكوته لا عن عناد بل من جهه خوف أو دهشه أو تفكير فى الأمر و الجواب أو نحو ذلك، فحينئذ يطمئنه الحاكم و يصبر حتى يزول خوفه، و تاره يكون سكوته عن عناد و لجاجه فهنا ثلاثه أقوال ذكرها المحقق «قده» : «الأول» الحبس حتى يبين الجواب «الثانى» إجباره على الجواب بالضرب و نحوه. «الثالث» أن يقول له الحاكم: اما أجبت و اما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، فان أصر على السكوت رد الحاكم اليمين على المدعى.

و هل هذا البحث و الخلاف قبل إقامه المدعى البينه أو بعدها؟

یمکن تصویر ثلاث صور لهذا المقام «الاولی» : أن یقیم المدعی دعواه عند الحاکم فیسأل الحاکم المدعی علیه عن جوابه فیسکت، «الثانیه» : أن یقیم الدعوی و یطالبه الحاکم بإقامه بینه ثم یسأل المدعی علیه فیسکت. «و الثالثه» : أن یقیم الدعوی و لا بینه عنده علیها فیسکت المدعی علیه عن الجواب.

لا ریب فی عدم کون الصوره الأولی محل الخلاف و الأقوال.

و أما فی الصوره الثانیه فإن علم الحاکم بعداله الشاهدین فإنه بعد سکوت المدعی علیه یعمل بعلمه و یحکم و یرتفع النزاع.

فظهر أن مورد الأقوال هو الصوره الثالثه، و الحق أن جواب المدعی علیه لیس حقا للمدعی، و أنه لا دلیل علی وجوبه علیه شرعا، نعم هو مقدمه للعلم بالحال و فصل النزاع. و لننظر فیما یمکن أن یستدل له للأقوال فی هذا المقام، فنقول:

الظاهر أنه لا نص فی المسأله بالخصوص، و قول المحقق و العلامه قدس سرهما بالنسبه إلی القول الأول: «و الأول مروی» یمکن أن یکون إشاره إلی النبوی المشهور: «لی الواجد یحل عرضه و عقوبته» (1)) الذی ذکروا انجبار ضعفه بعمل الأصحاب. و قد أجیب بأن الظاهر من «الواجد» هو من وجد المال لا ما یعم استحقاق جواب الدعوی، و یشهد بذلک أن الامام أمیر المؤمنین علیه السلام کان یحبس المدین و الغریم کما فی الاخبار.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۳-۹۰ الباب-۸ من أبواب الدین.

أقول: و فی الاستدلال به و الجواب عنه کلیهما نظر، أما فی الاستدلال فلانه یتوقف علی ثبوت کون الجواب واجبا علی المدعی علیه اما من جهه کونه حقا للمدعی و اما من باب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و حینئذ لو شککنا فی عقاب من لم یعمل بهذا الواجب أمکن الاستدلال بالحدیث، و أما مع عدم ثبوت وجوب الجواب علیه فلا یجوز حبسه، کما لا یجوز حبس من یشک فی کونه مدینا. و قد تقدم أن فی وجوب الجواب علی المدعی علیه مطلقا تأملا و اشکالا اللهم الا أن یکون إجماع، فسقط الاستدلال.

و فی الجواب المذکور أیضا نظر من جهه أنه لو فرض ظهور لفظ «الواجد» فیما ذکر، بل حتی لو صرح بالمال فی الکلام فلا مانع من دعوی إلغاء خصوصیه المال هنا بمناسبه الحکم و الموضوع، فیکون معنی الحدیث: لی الواجد عن أداء ما للناس -مالا کان أو حقا-یحل عقوبته و عرضه.

و استدل للقول الثانی بأن إجباره علی الجواب بالضرب هو من الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر.

و فیه: ان هذا أیضا متوقف علی ثبوت وجوب الجواب علیه و الا فإن أدله وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر لا تثبت موضوع المعروف و المنکر.

و استدل للقول الثالث بعموم الروایات الوارده فی باب «أن المدعی إذا لم یکن له بینه فله استحلاف المنکر، فان رد الیمین علی المدعی فحلف ثبتت الدعوی و ان نکل بطلت» کصحیحه محمد

ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «فى الرجل يدعى و لا بينه له. قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» (1) .

و بالروايه الوارده فى الأخرس (2) إذ المستفاد منها أن الإنكار غير لازم بل يكفى لثبوت حق المدعى امتناع المدعى عليه من اليمين، و لكن الاستدلال بها يتوقف على عدم مجىء شبهه القياس.

و بروايه عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه (3) .

فالأظهر هو القول الثالث، و ان قال بالأول جماعه كبيره من الأصحاب.

و قد يستدل للمختار بأن السكوت لا يخلو عن أحد أمرين، لان المدعى عليه ان كان يعلم بصدق المدعى فهو مقر و عليه دفع ما يدعيه، و ان كان ينكر ذلك وجب عليه رد اليمين على المدعى، و حيث امتنع من ذلك بسكوته فان الحاكم يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبتت دعواه و الا سقطت، فالحاصل أنه مع السكوت يحكم عليه بدفع الحق.

و فيه: ان الإقرار أو الإنكار لا بد من إبرازه حتى يترتب عليه الأثر، و العلم الإجمالى المذكور غير كاف لترتب أثر أحد الحالين.

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب:۷ من أبواب كيفيه الحكم.
۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۲۲۲. الباب:۳۳ من أبواب كيفيه الحكم.
۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۲. الباب:۴ من أبواب كيفيه الحكم.

و قد يعترض بأنه لو كان السكوت فى حكم النكول-كما تمسك لذلك بالروايات العامه-فيرد اليمين على المدعى كان اللازم أن يكون مجرد عدم جواب الصغير و المجنون و الغائب و الميت موضوعا لجواز الرد على المدعى.

و فيه: انه قياس مع الفارق.

و أما رأى صاحب الجواهر «قده» فهو بقاء النزاع على حاله فيكون بحكم الدعوى على الميت بلا بينه.

و فيه: انه مشكل جدا فإنه يؤدى الى عدم ثبوت دعوى أبدا، و لا ريب فى بطلان نسبه هذا الحكم الى الشارع، و عليه فلا مناص من سماع الدعوى، و مع سكوت المدعى عليه يحلف المدعى بمجرد ذلك أو بعد رد الحاكم اليمين عليه، و ان كان الثانى هو الأحوط، فان لم يحلف سقطت الدعوى.

بل ربما يكون ما ذكرناه هو طريق فصل النزاع حتى فى صوره الحبس أو الضرب، لانه قد لا يجيب المدعى عليه بعدهما و يكون المرجع ما ذكرنا، و عليه فهل يجب الحبس أو الضرب مع وجود هذا الطريق الذى يحتمل سلوكه بالتالى؟ الحق هو العدم.

قال المحقق «قده» : «و لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين» .

أقول: هذا إذا لم نقل بأن إشاره الأخرس تقوم مقام لفظ المتكلم الذى يكتفى بالظن بالمراد منه فلا حاجه الى مترجم لتحصيل اليقين بكونه مقرا أو منكرا.

قال: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج الى المترجم لم يكف الواحد.» .

أقول: ان القول بافتقاره الى مترجمين عدلين مبنى على أن ذلك من مقام الشهاده، و أما بناء على كونه من باب الرجوع الى أهل الخبره فى فهم اللغات مثلا فلا يعتبر التعدد.

۴-حكم ما لو أجاب بقوله «لا ادرى» :

اشاره

إذا أجاب المدعى عليه بقوله «لا أدرى» فإن كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فوجوه:

منها: سقوط الدعوى، لان المدعى بعد فرض عدم البينه يقر بأن من لا يدرى هل هو مدين أو لا لا يجب عليه دفع شيء.

و منها: أن يحلف المدعى عليه بأنه لا حق للمدعى فى ذمته استنادا الى الأصل، فإن شك فى مشروعيه هذه اليمين و سقوط الدعوى بها فالأصل هو العدم، و لكن تعارضه أصاله عدم استحقاق الحق.

و منها: ان يرد اليمين على المدعى.

و منها: انه منكر و عليه اليمين بنفى العلم باستحقاق المدعى ما يدعيه عليه، قال فى الجواهر: «ثم ان ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم، و حينئذ فإذا كان جوابه لا ادرى و لا اعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا كضروره عدم كونه ساكتا فليس إلا الإنكار و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم

استحقاق ما يدعيه و ان لم يعلمه فى نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافيا للاستحقاق المزبور الذى هو روح الدعوى عليه، و بذلك يكون منكرا لا يتوجه عليه الا اليمين لموافقته للأصل و غيره، و لا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت فى فعله نفيا و إثباتا المنزل على الصوره الغالبه من الإنكار بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصوره الثانيه فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث» .

و منها: ما ذكره السيد «قده» -و لا يبعد كونه الأصح-و هو التفصيل بين صوره تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم الدرايه و بين صوره عدم تصديقه لها، فقال ما حاصله بلفظه: «إذا أجاب المدعى عليه بقوله: لا أدرى، فاما أن يصدقه المدعى فى هذه الدعوى أو لا- فعلى الأول: ان كان للمدعى بينه على دعواه فهو و الا فلا حق له، لان المفروض تصديقه فى عدم علمه، و معه ليس مكلفا بالأداء فى مرحله الظاهر لأن الأصل براءه ذمته و المدعى أيضا معترف بذلك، فالمقام نظير الدعوى على الميت مع عدم البينه و اعتراف المدعى بعدم علم الوارث، فإنه لا- خلاف فى سقوط دعواه حينئذ. و يمكن أن يستدل على ما ذكرنا بالأخبار الوارده فى ادعاء رجل زوجيه امرأه لها زوج و أنه لا تسمع دعواه إذا لم تكن بينه كموثقه سماعه (1) و روايه

١- ١) وسائل الشيعه:١۴-٢٢۶. الباب:٢٣ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد من كتاب النكاح.

یونس (۱) و حسنه عبد العزیز (۲)) فان المفروض فی هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعی و کذبه، و الظاهر عدم الفرق بین دعوی الزوجیه و غیرها.

و علی الثانی فللمدعی علیه أن یحلف علی عدم اشتغال ذمته فعلا بحسب الظاهر، لانه منکر من هذه الحیثیه، فالمنکر قسمان: منکر للاشتغال الواقعی، و منکر للاشتغال بحسب ظاهر الشرع، و للمدعی أن یحلفه علی نفی العلم ان ادعی علمه بثبوت الحق، فإن حلف کفی فی سقوط الدعوی، و ان رد الیمین علی المدعی أو الحاکم ردها علیه فحلف ثبت حقه و لکن هذا الحلف لا یوجب سقوط حقه واقعا حتی لا تسمع منه البینه بعد ذلک و لا یجوز له المقاصه» .

هذا إذا کانت الدعوی دینا، و أما إذا کانت متعلقه بعین فی یده و أجاب المدعی علیه بقوله: «لا أدری» فقد ذکروا أنه ان کانت تحت تصرف تلک الید فقط و لم تشارکها ید أخری فی الأخذ و الوضع من الصندوق الذی وضعت تلک العین فیها مثلا کانت الید المنحصره حجه و الا وجب علی المدعی إقامه البینه، فإن أقامها حکم له و الا فبما أن المدعی علیه غیر متمکن من الحلف لعدم درایته بالواقع و من هنا أیضا لا یمکنه رد الیمین علی المدعی تکون الدعوی ساقطه ظاهرا.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۴-۲۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۴-۲۲۶.

و قال السید رحمه اللّه ما ملخصه «بل یمکن أن یقال بجواز حلفه علی عدم الحق للمدعی علی المیت اعتمادا علی ید من انتقلت منه الیه کما یظهر من خبر حفص بن غیاث (۱)فإنه یظهر منه جواز الحلف إذا اشتری من ذی ید، بل یظهر منه جواز الشهاده بالید مع أن أمر الشـهاده أصعب، بل و کذا إذا کانت فی یده و لم یعلم حالها یحکم بمقتضی یده أنها له، و لا یضر قوله: لا أدری من أین صارت فی یدی و أنها فی الواقع لی أو لیست لی.

لکن قال فی المستند فی هـذه الصوره: ان رد الیمین علی المدعی فحلف کانت له و ان لم یدع علیه العلم أو ادعی و حلف علی نفی العلم لا یحکم بکونها له بل یقرع بینه و بین المـدعی، لانه یشترط فی دلاله الیـد علی الملکیه عـدم اعتراف ذیها بعدم علمه بأنه له أو لا» .

قلت: و الاولی ما ذکره السید «قده» لانه مقتضی قاعده الید.

ص:۳۶۳

ثم انه بناء على ما ذكرنا من سقوط الدعوى فى صوره تصديق المدعى دعوى المدعى عليه عدم درايته و أنه لا أثر لليمين حينئذ -لأن الغرض منها ازاله الشك فى صدقه فمع العلم به لا أثر لها- يحكم بسقوط الدعوى كذلك لو علم بصدقه فى دعوى عدم الدرايه من دون حاجه الى يمين المدعى عليه على ذلك.

و قال بعض المعاصرين: و إذا أجاب المدعى عليه بعدم العلم فقد يقال مع تصديق المدعى له، فاما أن يكون له بينه فهو، و مع عدمها لا حق له لعدم كون المدعى عليه مكلفا بالأداء فى الظاهر و المدعى معترف بذلك فلا يجوز مطالبته، و معه ليست الدعوى مسموعه حتى يقال يصدق عليه المدعى و كل دعوى مسموعه يكون الفصل فيها بالبينه و اليمين، و ذلك لعدم البينه و عدم إمكان الحلف على الواقع لعدم العلم به و لا على الظاهر لتصديقه له فى براءته بحسب الظاهر» ((۱)) .

و فيه: أنه ليس الشك فى الصدق ملحقا بالعلم به فى عدم جواز الإحلاف، لأن اليمين هى للاستظهار فى حال تكذيبه دعوى نفى العلم أو الشك فى صدق هذه الدعوى.

و انما يحلف مع كون الأصل عدم كونه مدينا لان الصحيح- كما ذكر الشيخ الأستاذ قدس سره (۱)) -ان قولهم بعدم وجوب الفحص فى الشبهه الموضوعيه ليس على إطلاقه، لأنه قد يكون

۱- ۱) جامع المدارک:۶-۴۱.

الفحص من السهوله بحيث لا يصدق معه الشک و الشبهه عرفا، فلو توقف ظهور حقيقه الحال فی المنازعه علی حق علی مراجعه دفتر الحساب لم یؤثر جواب المدعی علیه بالشک فی صدق الدعوی و تمسکه بأصاله العدم حینئذ. و ما نحن فیه من هذا القبیل فالحلف لا بد منه فی هذا المقام.

(مسائل تتعلق بالحكم على الغائب)

الأصل-لو لا الدلیل-عدم نفوذ الحکم علی الغائب، الا أنه لا ریب فی سماع الدعوی و نفوذ الحکم علیه، و فی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، و قد یستدل لذلک بالأدله التالیه:

۱-إطلاق أدله القضاء کقوله تعالی «فَاحْكُمْ بَيْنَ اَلنّاسِ بِالْحَقِّ» (۱) .

۲-إطلاق أدله الحکم بالبینه و الیمین، کقوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» (۲) .

الا أن التمسک بهاتین الطائفتین من الأدله غیر تام لعدم الإطلاق الشامل للغائب فیها بحیث یمکن أن یکون دلیلا للجواز لو لا الاخبار الخاصه و الإجماع، لأن هذه الأدله فی مقام بیان الحکم علی الإجمال، فهی تبین أصل القضاء و تشریعه من غیر تعرض إلی الشرائط

۱- ۱) سوره ص:۲۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۶۹. الباب:۲ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و الخصوصيات، و يكون معنى «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» ، انى لا اقضى بينكم عن طريق العلم بالغيب و لا بالمعجزه بل أقضى بينكم بالبينات و الايمان، بل ان هذا الحديث و نحوه منصرف عن صوره كون أحد المتخاصمين غائبا.

۳-ما روى عن النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم من أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت انه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (۱)) و كان أبو سفيان غائبا.

و فيه-مع الغض عن سنده و عما قيل من أن كون أبى سفيان غائبا غير معلوم-أنه لا ظهور له فى كون ذلك من النبى «ص» من باب الحكم، بل كونه من باب الولايه على الممتنع أولى، فلا يتم الاستدلال به.

۴-ما روى عن أبى موسى الأشعرى: «كان النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى أحدهما و لم يف الأخر قضى للذى و فى على الذى لم يف. أى مع البينه» (۲)) .

و هذا الحديث-مع الغض عن سنده-صريح فى حضور كليهما عند الحاكم و غياب أحدهما عند الحكم، فلا يستدل به لصوره غياب أحدهما من الأول.

ص:۳۶۶

۵-خبر جمیل: «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته إذا قدم و لا یدفع المال إلی الذی أقام البینه إلا بکفلاء» (۱) .

۶-خبر محمد بن مسلم: «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته إذا قدم و لا یدفع المال إلی الذی أقام البینه إلا بکفلاء إذا لم یکن ملیا» (۲) .

۷-إطلاق ما روی عن أبی عبد اللّه علیه السلام أنه قال: «القضاه أربعه، ثلاثه فی النار و واحد فی الجنه، رجل قضی بجور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بجور و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحق و هو یعلم فهو فی الجنه» (۳) .

لکن الظاهر کونه فی مقام بیان لزوم العلم بالحق و الحکم بالحق فقط، فلا إطلاق له لیستدل به فی المقام.

و ببعض ما ذکر یتقید إطلاق ما رواه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: «إذا

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۶. الباب:۲۶ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۱. الباب:۴ من أبواب صفات القاضی.

تقاضـی إلیـک رجلاـن فلا تقض للاول حتی تسـمع من الأخر، فإنک إذا فعلت ذلک تبین لک القضاء» (۱) و ان کـان یحتمل ظهور «تقاضـی إلیک رجلان» فی کونهما حاضـرین، فیکون وجه الجمع: الحکم فی القضیه جزما و یکون الغائب علی حجته إذا قدم.

و کـذا مـا عن علی علیه السـلام قال: «قال النبی صـلی اللّه علیه و آله و سـلم لما وجهنی إلی الیمن: إذا تحوکم إلیک فلا تحکم لأحد الخصـمین دون أن تسأل من الأخر. قال: فما شککت فی قضاء بعد ذلک» (۲) ، و ما رواه العیاشی فی تفسیره عن الحسن عن علی علیه السـلام ان النبی صـلی اللّه علیه و آله و سـلم بعثه ببراءه-الی أن قال-فقال: «ان الناس سیتقاضون إلیک، فإذا أتاک الخصـمان فلا تقض لواحـد حتی تسـمع من الأخر فإنه أجدر أن تعلم الحق» (۳) بنـاء علی ظهورهما فی الإطلاق، و یکون مفاد أخبار الأمر بالسؤال من الأخر أنه إذا حضـرا معا فلا یجوز الحکم قبل السؤال من الأخر و سـماع کلامه، و قد حمل الأمر بالسؤال منه علی الإرشاد و لکنه خلاف الظاهر.

و أما ما رواه أبو البختری عن جعفر عن أبیه عن علیه السلام

ص:۳۶۸

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۸ ضعیفه.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹ ضعیفه.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۵۹ ضعیفه.

من أنه قال: «لا يقضى على غائب» (١)) فلا يعارض ما تقدم لضعف سنده (١)) و لإعراض الأصحاب عنه، مع إمكان حمله على بعض الوجوه.

و بعد، فهل يقضى على الغائب فى كل دعوى و على كل حال؟ يتضح الأمر فى هذا المقام فى مسائل:

المسأله الاولى

(فى المراد من الغائب)

قال المحقق «قده» : «يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا و حاضرا، و قيل: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم» .

أقول: لا اشكال و لا خلاف فى أنه يقضى على الغائب المتعذر عليه الحضور من جهه مرض أو شبهه، أو كان ممتنعا عن الحضور.

و لا خلاف فى صدق «الغائب» على المسافر بمقدار المسافه الشرعيه، و أما إذا كان أقل منها فعن يحيى بن سعيد القول بعدم الصدق، و لعل دليله أن القدر المتيقن من «الغائب» هو المسافر بقدر المسافه الشرعيه.

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-٢١٧ عن قرب الاسناد عن السندى بن محمد عن أبى البخترى.

و هو ضعيف لصدق الغائب على المسافر بأقل منها حقيقه.

و ان كان حاضرا فى البلد و غائبا عن مجلس الحكم فالمشهور أنه كالغائب عن البلد فيقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا، قال فى الجواهر: و ان لم يتعذر عليه الحضور، لكن فيه عن المبسوط و تعليق الإرشاد: يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم، إلا أنا لم نجد فى المبسوط ما نسب اليه، و الشيخ «قده» لم يتعرض إلى مسألتنا، و يمكن أن يكون قد تعرض لها فى محل آخر.

و فى المسالك: ان كان غائبا عن البلد قضى عليه باتفاق أصحابنا سواء كان بعيدا أم قريبا، و كذا لو كان حاضرا فى البلد و تعذر حضوره فى مجلس الحكم اما قصدا أو لعارض، و لو لم يتعذر حضوره فالمشهور الجواز أيضا لعموم الأدله. و قال الشيخ فى المبسوط:

لا يحكم عليه حينئذ لأن القضاء على الغائب موضع ضروره فيقتصر فيه على محلها، و لانه ربما وجد مطعنا و مدفعا و جاز فى الغائب للمشقه بطول انتظاره. و الأظهر الأول.

و لعل المشهور قد حملوا أدله السؤال من المدعى عليه على الحاضر فى المجلس، أو حملوا «الغائب» فى أدله القضاء عليه على من غاب عن المجلس، فتكون هذه الأدله مخصصه لأدله السؤال من المدعى عليه بناء على عموم التعليل الموجود فيها، لان ظهور «يقضى على الغائب» أقوى من ظهور العله فى تلك الأدله، و يجوز حمل العله على الاستحباب أو العليه الناقصه. لكن فى الحكم على الغائب عن المجلس تردد و ان كان ما ذهب اليه المشهور هو

الأظهر، و كونه على حجته إذا قدم يدفع الضرر عنه.

هذا و لا يجب على الحاكم الإرسال خلف المدعى عليه للحضور فى المجلس الا أن يلتمس المدعى ذلك.

ثم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بينته إلا لأخذ المال لو اعترف بـاعترافه-و مرجعه الى اشتراط ادعـاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال-و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعهـا به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السكوت النـازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و ان لا يقـدر بعـد على الإثبات إذا ظهر الجحود؟ قال فى الجواهر: لا يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقـد الإجماع. أقول: على أنه إذا كان مبنى الحكم كون المـدعى عليه جاحـدا فيلزم فى صوره إقرار المـدعى عليه أن لا يحكم الحاكم بعـد الإقرار، نعم له أن يأمره بدفع ما أقر فيه لو كان متساهلا فى تسليمه. و الا فلا معنى لتوقف تنفيذ حكم اللّه على حكم الحاكم فى القضيه. الا أن يقال بأن اللّه عز و جل قد أذن للحاكم أن ينشـئ الحكم حتى تترتب الآثار على الحكم الشرعى ان كان لحكمه أثر زائد على الإقرار-لأن المسلم به أنه لا يسـمع الإنكار بعد الإقرار و أن الإقرار كحكم الحاكم فى فصل الخصومه-كأن يكون أثر الحكم عدم سماع دعواه الاشتباه مثلا فى الإقرار.

قال فى الجواهر: نعم قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه بناء

على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر و قد عرفت الكلام فيه سابقا، و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال كما هو واضح.

أقول: لكن دعوى انصراف الخبرين عن هذه الصوره مشكله.

المسأله الثانيه

(يقضى على الغائب مطلقا أو فى حقوق الناس؟)

قال المحقق «قده» : «يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و لا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا و اللواط لأنها مبنيه على التخفيف» .

أقول: و لذا تدرء الحدود بالشبهات، بخلاف حقوق الناس فإنها مبنيه على الاحتياط. فان قيل: فلما ذا لا يعتنى باحتمال خطأ الشاهدين بل يحكم على طبق شهادتهما على المدعى عليه الحاضر قلنا: ان احتمال خطأ البينه يلغيه دليل حجيتها فلا مجال حينئذ لدليل درء الحد بالشبهه و الا لتوقف اجراء الحد على العلم بالواقع فى القضيه أو بصدق الشاهدين، لكن حيث أن المدعى عليه غائب يمكن حضوره و جرح الشاهدين أو إقامه البينه على أن المتهم فى هذه القضيه ليس هو بل غيره، فهذا الاحتمال يدرأ به الحد.

قال المحقق: «و لو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس كالسرقه يقضى بالغرم، و فى القضاء بالقطع تردد» .

أقول: لو اشتمل الحكم على حق الناس و حق اللّه معا كالسرقه

يقضـى عليه فى حق النـاس، و أمـا القضاء بحق اللّه و هو القطع فقـد تردد فيه المحقق «قـده» ، قال شارحوه انه لم يتردد فى عـدم القضاء به غيره من الفقهاء.

و ذكر فى الجواهر وجه التردد: ان السـرقه عله للأـمرين، فـإذا قـامت البينه عليهـا لم يعقـل التفكيـك بين المعلولين، و أجيب عن ذلك بأن الأحكام الشرعيه معرفات لا علل حقيقيه. و معنى هذا الكلام:

ان الأـمور المـذكوره فى كلمـات الشـارع بعنوان العله ليست عللاـ حقيقيه يحكم العقـل بامتنـاع الانفكاك بينها بل هى معرفات. أقول:

ان العقل لا يمكنه ادراك أن الشىء الكذائى عله للشىء الكذائى فى الأحكام الشرعيه، فلو لا بيان الشارع ان الجنابه عله لوجوب الغسل لم يـدرك العقل ذلك، و حينئـذ فلو جاء فى كلامه أن الشـىء الفلانى عله للشـىء الفلانى وجب التصديق بحكم الشارع بـالعليه، لكن الفرق بين العليه المـدركه بالعقـل كعليه النـار للحراره و العليه الـوارده فى لسـان الشـارع هو أنه فى الأـول يسـتحيل التفكيك بين النار و الحراره إلا عن طريق الاعجاز، أما فى الثانى فإنه يمكن تخلف ما جعل معلولا عما جعل عله، و لـذا نرى أن الشـارع قـد يقـول فى مـورد بعـدم ترتب المعلـول على العله و هـو يكشـف عن عـدم العليه التـامه. اذن ليست الأحكـام الشـرعيه معرفات، بل هى علل و معاليل كالعلل و المعاليل الأخرى.

و عليه فلو أقر الحاضر بالسرقه مرتين ترتب الأثران، و ان أقر مره واحده يؤخذ منه حق الناس و لا يحكم عليه فى حق اللّه، فلا

يلزم أن نقول الأحكام الشرعيه معرفات، بل نقول هى علل، و لكن فى هذا المورد العله لترتب الأمرين هو الإقرار مرتين، و الإقرار مره واحده عله لترتب أحد الأثرين، و ذلك لان مبنى الشارع فى الحدود الإلهيه على التخفيف فلا بد من إقرارين، و أما فى حقوق الناس فعلى الاحتياط فيكفى الإقرار الواحد لأن يقضى عليه بالغرم.

هذا، و لكن مقتضى أدله القضاء عمومها بالنسبه إلى الحاضر و الغائب، و حينئذ فلو سرق حكم بقطع يده و بالغرم معا لعموم الأدله، و دليل درء الحد بالشبهه لا يشمل هذا المقام و لا مخصص تام سندا و دلاله لتلك العمومات، فيقضى عليه فى الحقين بلا فرق الا أن يكون هناك إجماع.

المسأله الثالثه

(لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل)

قال المحقق: «لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم الى الموكل و لا بينه، ففى الإلزام تردد بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه لان التوقف يؤدى الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء و الأول أشبه» .

أقول: الوكيل تاره وكيل فى المرافعه فقط و أخرى هو وكيل فى المرافعه و المطالبه بالحق معا، و حيث يكون له المطالبه بالحق فان ادعى الغريم تسليمه الى الموكل طالبه بإقامه البينه على دعواه الوفاء به، فإن أقامها حكم الحاكم له، و ان لم يكن له بينه على

تلك الـدعوى فلا يمكنه إحلاف الوكيل لان يمين الوكيل لا أثر لها، و حينئـذ تسـقط دعواه و يلزم بدفع الحق، لأن الأصل عدم دفع الحق و عدم إبراء صاحب الحق إياه، و هذا هو الوجه الصحيح للقول بالإلزام.

و أما قوله: «لان التوقف يؤدى الى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء» فقد يجاب عنه بأن استيفاء الحق ليس متوقفا على ذلك، فيمكن طلبها بأسباب أخرى.

و أمـا القول بأنه لو لم يلزم لتوجه الضـرر على صاحب الحق بضـياع حقه، ففيه أنه يحتمل أيضا توجه الضـرر الى الغريم لاحتمال صدقه فى دعوى الأداء.

و هل يلزم التكفيل حينئذ لو طلبه الدافع؟ ان كان ذلك بعد حكم الحاكم لم يكن للتكفيل أثر لان الدعوى بعد الحكم لا تسمع، و الا كان له وجه نظير ما إذا كانت الدعوى على غائب حيث ورد الخبر بأخذ الكفيل من المدعى.

و فى المسأله وجهان آخران:

أحـدهما-تفصـيل صـاحب المسـتند بين مـا إذا كان الوكيل وكيلا فى دعوى الإبراء و الوفاء أيضا فالتوقف، و بين ما إذا لم يكن وكيلا فالإلزام.

و الثانى-التفصيل الذى لم يستبعد السيد «قده» قوته، و هو التفصيل بين ما إذا ثبت الحق بالبينه أو بإقرار المدعى عليه من الأول،

فعلى الأول الإلزام و على الثانى فالتوقف.

و ان لم يـأذن ذو الحق للوكيـل بأخـذ الحق من الغريم فلاـ وجه لأخـذه له، فحيث يلزم بـدفع الحق فـإنه يـدفعه الى الحاكم حتى يسلمه الى صاحب الحق عند حضوره.

ص:۳۷۶

المقصد الرابع

اشاره

فی کیفیه الاستحلاف و البحث فی أمور ثلاثه

(الأول: فی الیمین)

اشاره

اعلم أن المستفاد من الاخبار الکثیره کراهه الیمین الصادقه و کونها مرجوحه مطلقا، فعن أبی عبد اللّه علیه السلام قال «قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: من أجل اللّه أن یحلف به أعطاه اللّه خیرا مما ذهب منه» (1) .

و عنه علیه السلام قال: «لا تحلفوا باللّه صادقین و لا کاذبین، فإنه عز و جل یقول وَ لا تَجْعَلُوا اَللّهَ عُرْضَهً لِأَیْمانِکُمْ » (2) .

و عن أبی جعفر علیه السلام فی روایه: «و انی لأکره أن أقول (و اللّه) علی حال من الأحوال» (3) .

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۵. الباب-۱-کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۶. الباب-۱-کتاب الایمان.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۵-الباب-۱-کتاب الایمان.

و لكن تزول الكراهه بل يترجح إتيانها فى كثير من الموارد بالنظر الى الأثر المترتب عليها كبيان أهميه المطلب أو التأكيد عليه و نحو ذلك، و لذا كان النبى و الأئمه عليه و عليهم الصلاه و السلام قد يحلفون فى كلامهم، فعن الرضا عليه السلام: «بلغنى أن الناس يقولون أنا نزعم أن الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم ما قلته قط.» (۱)) .

بل قد يجب الحلف فى بعض الموارد، كما إذا وقعت المرافعه على زوجيه امرأه مثلا أو ملكيه دار و نحو ذلك.

و يحرم الحلف بالأوثان و الأصنام، فالحلف باللات مثلا حرام و ان كان على ترك محرم أو إتيان واجب، و لا كفاره عليه فى صوره المخالفه.

ص:۳۷۸

و لو حلف على ترک واجب أو فعل حرام فقد يقال بحرمه هذا الحلف و لو خالف لم تجب عليه الكفاره.

لا يستحلف أحد إلا باللّه:

قال المحقق قده: «و لا يستحلف أحد إلا باللّه و لو كان كافرا» .

أقول: ان اليمين تكون فى موارد ثلاثه:

الأول: فى المورد الذى لا يترتب عليه أثر أصلا، كأن يحلف الرجل على ما يقوله فى مقام التكلم مع غيره، فهذا ما لا يترتب عليه أثر وضعى.

و الثانى: أن يحلف على فعل أمر راجح فعله أو ترک أمر مرجوح فعله، و أثر هذه اليمين هو وجوب الكفاره عليه مع المخالفه ان كانت باللّه عز و جل.

و الثالث: اليمين فى مورد المرافعه لإثبات حق أو إسقاطه.

ففى الأول يجوز الحلف بغير اللّه تعالى؟ ان الاخبار الوارده فى النهى عن اليمين بغير اللّه فوق حد التواتر، لكن الأصحاب رفعوا اليد عن ظهورها فى الحرمه و حملوها على الكراهه و لم يفت أحد منهم بحرمه اليمين بغير اللّه، بل ادعى الإجماع على الكراهه، بل لقد وجدنا فى الاخبار حلف الأئمه بغير اللّه فى محادثاتهم و محاوراتهم (١)) ، و فى كتاب القضاء للمحقق الآشتيانى: أن عليه السيره، و أجاب عن

ذلك بأن الأخبار الناهيه عن اليمين تصلح لان تكون رادعه عن هذه السيره، و فيه: انها ليست رادعه، بل يمكن القول بأن السيره كاشفه عن عدم إراده الحرمه من تلك الاخبار (۱)) .

و أشكل بأن بعض تلك الأخبار يأبى الحمل على الكراهه، مثل ما روى عن النبى «ص» : «من حلف بغير اللّه فقد أشرك» (۱)) و فى حديث آخر «فقد كفر» (۲)) .

و فيه: أن الحديثين-مع الغض عن سندهما-محمولان على اليمين الموجبه للكفر و الشرك كأن يحلف المسلم باللات و العزى، أو بالأب و الابن-تعالى اللّه عن ذلك-و نحوهما. و يشهد بذلك وجود لفظى الشرك و الكفر فى الحديثين، لان من المعلوم أن الحلف بغير اللّه مما لا يوجب الكفر و الشرك لا يكون كفرا و شركا، و يؤيد ذلك سيره المتشرعه.

و فى الثانى لا إشكال فى جواز الحلف بغير اللّه و عدم وجوب الكفاره على مخالفته.

و أما الثالث-و هو مورد البحث و الكلام-فقد دلت جمله من النصوص بصراحه على أنه لا يحلف الا باللّه، و إليك بعضها:

ص:۳۸۰

۱- ۱) مستدرک وسائل الشیعه: الباب:۲۴ من کتاب الایمان.

۲- ۲) سنن البیهقی:۱۰-۲۹.

۱) عن سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال:

«لا يحلف اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير اللّه، ان اللّه عز و جل يقول فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اَللّهُ » (۱) .

۲) عن جراح المدائنى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «لا يحلف بغير اللّه. و قال: اليهودى و النصرانى و المجوسى لا تحلفوهم الا باللّه عز و جل» (۲) .

۳) عن الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون. فقال: لا تحلفوهم الا باللّه عز و جل» (۳) .

۴) عن سماعه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلا باللّه عز و جل» (۴) .

۵) عن الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم الا باللّه» (۵) .

۶) عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سألته عن استحلاف أهل الذمه. قال: لا تحلفوهم الا باللّه» (۶) .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۴. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۴- ۴) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۵- ۵) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۶- ۶) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، كتاب الايمان.

۷) عن علی بن مهزیار قال: «قلت لأبی جعفر الثانی علیه السلام:

قول اللّه عز و جل وَ اَللَّیْلِ إِذا یَغْشی وَ اَلنَّهارِ إِذا تَجَلّی . و قوله عز و جل وَ اَلنَّجْمِ إِذا هَوی و ما أشبه هذا. فقال: ان اللّه عز و جل یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا الا به عز و جل» ((۱)) .

۸) عن محمد بن مسلم قال: «قلت لأبی جعفر علیه السلام قول اللّه عز و جل وَ اَللَّیْلِ إِذا یَغْشی - وَ اَلنَّجْمِ إِذا هَوی و ما أشبه ذلک. فقال: ان للّه عز و جل أن یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا الا به» ((۲)) .

۹) عن الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف الا باللّه.» ((۳)) .

۱۰) عن سماعه عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف الا باللّه.» ((۴)) .

فهذه الاخبار تدل علی أنه لا یستحلف أحد إلا باللّه عز و جل و لو کان کافرا بإنکار أصل واجب الوجود فضلا عن غیره، و قد ورد فی بعض الاخبار ((۵)) أن الیمین بغیر اللّه یؤدی الی ترک الحلف باللّه، أی

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۵۹. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۰. الباب:۳۰، کتاب الایمان.

۵- ۵) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۱،۱۶۰.

أنه فى المورد الـذى يترجـح فيه اليمين لاـ بـد من الحلف بـاللّه حتى لا يعظم شـىء فى مقابله عز و جل، لان الحلف يكون عاده بماله أهميه و جلاله و عظمه، فالالتزام بالحلف باللّه تعالى تعظيم له و إثبات لعظمته و نفى لعظمه شـىء سواه، و أما الاسـتحلاف فى مورد المرافعه فلا يجوز بغير اللّه عز و جل و ان رضى الطرفان بالحلف بغيره.

و هناك أخبار وارده فى الاستحلاف بغير اللّه تعالى سنذكرها قريبا.

ثم ان ظاهر أخبار المقام عدم اعتبار إضافه شىء من صفات الذات أو الأفعال إلى الاسم فى ترتب الأثر، لكن قال المحقق:

«و قيل: لا يقتصر فى المجوس على لفظ الجلاله، بل يضم الى هذه اللفظه الشريفه ما يزيل الاحتمال لأنه سمى النور إلها» .

أقول: هل يسـتحلف المجوسـى الذى يسمى النور آلها باللّه تعالى كالمسلمين أو يقال له: «احلف بخالق النور» مثلا و ان كان غير معتقـد به؟ ظـاهر المبسوط حيث قـال: فـان قيل: كيف حلفته باللّه و ليست عنـده بيمين؟ قلنا: ليزداد اثما و يسـتوجب العقوبه» هو الثانى، لكن مقتضى إطلاق الاخبار هو الأول، و أما قول الشيخ: «ليزداد اثما و يستوجب العقوبه» فلم يظهر لنا المراد منه.

و كذا الأمر بالنسبه إلى منكر أصل واجب الوجود، و من يعتقد بآله غير اللّه، و من يعتقد بإلهين كالثنويه، و من يعبد الأصنام.

لإطلاق الأدله.

عدم جواز الإحلاف بغير أسماء اللّه:

قال المحقق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء اللّه سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه» .

أقول: و يدل على ذلك النصوص الكثيره المذكور بعضها آنفا، فلا يجوز الحلف بغير اللّه و ان تراضى الطرفان بالحلف بغيره، بل ان المصالحه على الحلف بغيره تعالى لا- يفصل النزاع، لان هذه اليمين محرمه اما تكليفا و وضعا و اما وضعا فقط على الخلاف، لانه على الأول يكون الصلح على أمر محرم فعله، و على الثانى يكون على أمر لغو، فيكون أكل ما صولح عليه به أكلا للمال بالباطل.

و وجه الخلاف فى هذا المقام بين الأصحاب هو اختلافهم فى الاستفاده من أدله النهى عن الاستحلاف بغير اللّه، و مع الشك فى الحرمه التكليفيه تجرى البراءه، و حينئذ لا- يحكم بفسق المحلف و الحالف، أما مع الشك فى الحكم الوضعى فالأصل عدم النفوذ، و القدر المتيقن من النصوص دلالتها على عدم ثبوت الحق و عدم سقوطه باليمين بغير اللّه تعالى و ان كان من الكتب المنزله أو الرسل المعظمه أو الأماكن المشرفه.

لكن فى بعض الاخبار ما ينافى تلك الأدله، و هذه نصوص تلك الاخبار:

۱) عن السكونى عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «ان أمير المؤمنين

علیه السلام استحلف یهودیا بالتوراه التی أنزلت علی موسی علیه السلام» ((۱)) .

۲) عن محمد بن مسلم عن أحدهما علیهما السلام: «سألته عن الاحکام. فقال: فی کل دین ما یستحلفون به» ((۲)) .

۳) عن محمد بن قیس قال: «سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:

قضی علی علیه السلام فیمن استحلف أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلف بکتابه و ملته» ((۳)) .

۴) عن محمد بن مسلم قال: «سألته عن الاحکام، فقال: تجوز علی کل دین بما یستحلفون» ((۴)) .

۵) الصدوق «قده» قال: «و قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فیمن استحلف رجلا من أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلفه بکتابه و ملته» ((۵)) .

و لعل بالنظر الی هذه الاخبار قال المحقق «قده» :

«و لو رأی الحاکم إحلاف الذمی بما یقتضیه دینه أردع جاز» .

لکن المشهور عدم جواز إحلاف الیهود و النصاری بغیر اللّه للنصوص الناهیه عن ذلک عموما و خصوصا، و قد أجابوا عن خبر

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. و عن نسخه: یستحلون به.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۵. و «یمین صبر» : جهد القسم.

۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

۵- ۵) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

السکونی بضعف سنده، و فی الوسائل: حمله الشیخ علی أنه مخصوص بالإمام، و علی هذا حملت الأخبار الأخری أیضا، و أما صحیح محمد بن مسلم فهو مجرد اخبار عن شرائعهم.

و الحاصل ان هذه النصوص لا تصلح معارضه للنصوص السابقه لقصور بعضها سندا و البعض الأخر دلاله.

و هل یجب أن یکون الحلف بلفظ الجلاله فقط؟ الواجب هو الحلف بـذات اللّه المقدسه، أی المسمی بلفظ الجلاله و الأسماء الحسنی، فیجزی أی اسم کان من أسمائه أو أی صفه من صفاته الخاصه به عز و جل.

استحباب تقدیم العظه و تغلیظ الیمین:

قال المحقق: «و یستحب للحاکم تقدیم العظه علی الیمین و التخویف من عاقبتها» .

أقول: بأن یذکر له مما ورد من ذلک فی الاخبار مثل:

۱) «من حلف باللّه کاذبا کفر و من حلف باللّه صادقا أثم» (۱) .

۲) «ان یمین الصبر الکاذبه تترک الدیار بلاقع» (۲) .

۳) «من حلف علی یمین و هو یعلم أنه کاذب فقد بارز اللّه» (۳) .

ص:۳۸۶

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۶.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۹.

۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۶-۱۱۹.

۴) «اليمين الصبر الكاذبه تورث العقب الفقر» (۱)) .

۵) «. ان اليمين الكاذبه و قطيعه الرحم ليذران الديار بلاقع من أهلها و تثقلان الرحم، و ان ثقل الرحم انقطاع النسل» (۲)) .

۶) «قال اللّه عز و جل: لا أنيل رحمتى من يعرّضنى للأيمان الكاذبه.» (۳)) .

قال المحقق: «و يكفى أن يقول: و اللّه ما له قبلى حق» .

أقول: و الدليل على ذلك إطلاق الأدله.

قال: «و قد يغلظ اليمين بالقول و الزمان و المكان، لكن ذلك غير لازم و لو التمسه المدعى، بل هو مستحب استظهارا فى الحكم» .

أقول: يدل على عدم وجوب التغليظ إطلاق الأدله فى الايمان، و يدل فعل أمير المؤمنين فى إحلاف الأخرس كغيره من الاخبار على جواز التغليظ فى اليمين، و قد استدل به على الاستحباب، قلت:

و فيه انه عليه السلام كتب تلك الكلمات و غسلها و أمر الأخرس بشرب ذلك الماء، فان كان الأخرس يعرف القراءه تحقق التغليظ و الا فأى تأثير لهذه الكلمات من حيث التغليظ؟ هذا غير واضح عندنا.

ثم ان الامام قد حكم بعد امتناعه عن شرب ذلك الماء من دون رد لليمين على المدعى، و هذا يخالف سائر الاخبار و القاعده المقرره فى فصل الخصومه و كيفيه القضاء، مع أن فعل الامام عليه السلام لا

ص:۳۸۷

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۰.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۰.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۲.

يدل على استحباب التغليظ، و انما على الجواز كما ذكر، فالتمسك بها لاستحباب التغليظ فى اليمين فى غير محله.

و قد يستدل بما رواه صفوان الجمال: «أن أبا جعفر المنصور قال لأبى عبد اللّه عليه السلام: رفع الى أن مولاک المعلى بن خنيس يـدعو إليـک و يجمع لـک الأموال. فقال: و اللّه ما كان-الى أن قال المنصور-فأنا أجمع بينک و بين من سـعى بک، قال: فافعل. فجاء الرجل الـذى سـعى به، فقال له أبو عبـد اللّه عليه السـلام: يا هـذا أ تحلف؟ فقال: نعم و اللّه الذى لا إله الا هو عالم الغيب و الشـهاده الرحمن الرحيم لقد فعلت. فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام: ويلک تبجل اللّه فيستحى من تعذيبک و لكن قل: برئت من حول اللّه و قوته و ألجئت إلى حولى و قوتى، فحلف بهـا الرجـل فلم يسـتتمها حتى وقع ميتا. فقال أبو جعفر المنصور: لا أصـدق عليک بعد هذا أبدا، و أحسن جائزته و رده» (۱) .

و لكن دلالتها على الاستحباب غير واضحه.

و اسـتدل بروايه السيد الرضى «قده» عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول اللّه و قوته، فإنه إذا حلف بها كاذبا عوجل و إذا حلف باللّه الذى لا إله هو لم يعاجل لانه قد وحد اللّه سبحانه» (۲) .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۷. الباب:۳۳، كتاب الايمان.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۷.

و هذه الروايه لا تدل على الاستحباب، بل الأمر فيها ظاهر فى الإرشاد، و يشهد بذلك قوله بعده: إذا أردتم.

و استدل بروايه الراوندى «قده» عن الرضا عليه السلام عن أبيه: «ان رجلا وشى الى المنصور أن جعفر بن محمد عليه السلام يأخذ البيعه لنفسه على الناس ليخرج عليهم، فأحضره المنصور، فقال الصادق عليه السلام: ما فعلت شيئا من ذلك، فقال المنصور لحاجبه: حلّف هذا الرجل على ما حكاه عن هذا-يعنى الصادق عليه السلام-فقال الحاجب: قل و اللّه الذى لا إله الا هو، و جعل يغلظ عليه اليمين. فقال الصادق: لا تحلفه هكذا. فقال المنصور: فحلفه إذا يا جعفر. فقال الصادق عليه السلام للرجل: قل ان كنت كاذبا عليك فبرئت من حول اللّه و قوته و لجأت إلى حولى و قوتى. فقالها الرجل، فقال الصادق عليه السلام: اللهم ان كان كاذبا فأمته، فما استتم كلامه حتى سقط الرجل ميتا.» (۱) و هذا أيضا لا يدل على الاستحباب.

فالإنصاف: انه لا دليل على استحباب التغليظ، و من هنا قال فى المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى و ما وقفت على مستنده.

و كيف كان فقد قال المحقق: «فالتغليظ بالقول مثل أن يقول:

و اللّه الذى لا إله الا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع

ص:۳۸۹

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۶-۱۶۷.

المـدرک المهلـک الـذی یعلم من السر مـا یعلمه من العلاـنیه ما لهـذا المـدعی علی شـیء مما ادعاه، و یجوز التغلیظ بغیر هـذه الألفاظ مما یراه الحاکم» .

أقول: کما فی روایه إحلاف الأخرس، و روایه نهج البلاغه، و غیرهما.

قـال: «و بالمکـان کالمسـجد و الحرم و مـا شـاکله من الأمـاکن المعظمه، و بالزمـان کیـوم الجمعه و العیـد و غیرهـا من الأوقـات المکرمه» .

أقول: و من التغلیظ ما تعارف بین الناس فعله من وضع الید علی المصحف الشریف فی حال أداء الیمین.

قال: «و یغلظ علی الکافر بالأماکن التی یعتقد شرفها و الأزمان التی یری حرمتها» .

أقول: یـدل علیه مـا رواه الحسـین بن علوان عن جعفر عن أبیه «أن علیا کان یسـتحلف الیهود و النصاری فی بیعهم و کنائسـهم و المجوس فی بیوت نیرانهم و یقول: شددوا علیهم احتیاطا للمسلمین» (۱) .

و مـا رواه أبو البختری عن جعفر عن أبیه «ان علیـا علیه السـلام کـان یسـتحلف الیهود و النصـاری بکتابهم و یسـتحلف المجوس ببیوت نیرانهم» (۲) .

قال: «و یستحب التغلیظ فی الحقوق کلها و ان قلت عدا المال

ص:۳۹۰

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۶-۱۶۶. الباب:۳۲، کتاب الایمان.

فإنه لا يغلظ فيه بما دون نصاب القطع» .

أقول: استحباب التغليظ هو المشهور بل ادعى عليه الإجماع لكن تقدم أنه لا دليل عليه، و أما النهى عن التغليظ فى المال الأقل من نصاب القطع فقد ورد فى خصوص كونه عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله و هو ما رواه محمد بن مسلم و زراره عنهما عليهما السلام جميعا قالا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله على أقل مما يجب فيه القطع» (۱) .

فرعان:

الأول: حكم ما لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ:

قال المحقق: «لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر، و لم يتحقق بامتناعه النكول» .

أقول: استدل له بالأصل، أى: ان الأصل عدم جواز إجباره على ذلك، و قبله إطلاقات أدله القضاء و كيفيه الحكم، مضافا الى قوله عليه السلام: «من حلف باللّه فليصدق، و من حلف له باللّه فليرض، و من لم يرض فليس من اللّه» (۲) و فى الجواهر: بلا خلاف أجده إلا عند من ستعرف. ثم نقل الخلاف عن بعض العامه من وجوبها عليه و تحقق النكول بالامتناع لو طلبه الحاكم منه.

ص:۳۹۱

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۹.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۶-۱۲۵. الباب:۶، كتاب الايمان.

لكن بناء علی كون الإحلاف و كيفيته حقا للمدعی يجب عليه الإجابه، و فی روايه عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه: «. فان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينه فعلی المدعی اليمين باللّه الذی لا إله الا هو لقد مات فلان و أن حقه لعليه، فإن حلف و الا فلا حق له.» (۱) فان ظاهرها ان الامتناع عن اليمين المغلظه نكول، لكن لا يبعد أن لا يكون النظر فيها إلی الكيفيه بل المراد-كما عليه الأكثر-هو الامتناع عن أصل اليمين و أنه ان لم يحلف فلا حق له.

و ذكر فی الجواهر وجه خلاف بعض العامه بقوله: و لعل وجهه أنه لا فائده فی استحبابه للحاكم مع فرض عدم وجوبه علی المدعی عليه، مضافا الی استمرار السيره علی توجيه اليمين مغلظه علی المنكر. الا أن ذلك كله كما تری.

أی: لأن اللغويه ممنوعه، لأن أثر استحباب التغليظ للحاكم هو تخويف المدعی عليه و تشديد الأمر عليه لئلا يقدم علی اليمين الكاذبه (۱)) ، و لان اتصال هذه السيره بزمن النبی صلی اللّه عليه و آله

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۲. الباب:۴ من أبواب كيفيه الحكم.

و سلم غير معلوم، و لو سلم فإنها لا تدل على وجوب الإجابه و أنه لو امتنع كان ناكلا.

فالحاصل: ان فى المسأله قولين الوجوب و هو لأصحابنا و عدم الوجوب و هو لبعض العامه، و لا قائل بالاستحباب، و عن آخر من العامه التفصيل بين التغليظ الزمانى و المكانى فتجب الإجابه عليه فيه و بين التغليظ القولى فلا تجب و لعله لإطلاق أدله اليمين، و أما وجوبها بالنسبه إلى الزمانى و المكانى فلان للمدعى أن يؤخر استحلافه الى يوم الجمعه أو الى المسجد مثلا و ليس للمدعى عليه الامتناع من ذلك.

قال فى الجواهر: و فيه أنه يمكن أن يكون الأمر بالعكس.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلك، فلم يجوز الجبر فى التغليظ القولى، قال: أما بالزمان و المكان فيجبر عليهما، فان اليمين حق للمدعى.

أقول: ان التغليظ مطلقا مستحب للحاكم، و المستحب يتسامح فيه، الا أنهم دققوا النظر فى المسأله من جهه ترتب أثر النكول و عدم ترتبه على الامتناع عن الإجابه.

ثم هل يقتضى قوله عليه السلام: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى اللّه عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع» (۱) بناء على قراءته بالتشديد جواز التغليظ فى الحقوق و الأموال كلها مطلقا الا على الأقل مما يجب فيه القطع، أى سواء كان عند قبره «ص» أو

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۲۱۹.

غيره من الأماكن المشرفه، و سواء كان التغليظ مكانيا أو زمانيا؟ الإنصاف: ان استفاده هذا الحكم الكلى من الخبر مشكل.

قال فى الجواهر: و لو ادعى العبد-و قيمته أقل من نصاب القطع-العتق فأنكر مولاه لم يغلظ، و لو رد فحلف العبد غلظ عليه لان العتق ليس بمال و لا المقصود منه المال.

الثانی: حكم ما لو حلف لا يجيب الى التغليظ:

قال المحقق: «لو حلف لا يجيب الى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه» .

أقول: لو حلف الشخص على أن لا يحلف اليمين المغلظه انعقدت يمينه و لو خالف وجبت عليه الكفاره، فإن التمسه خصمه قال المحقق: لا تنحل يمينه، لعدم رجحان التغليظ، بل ان مفاد بعض الاخبار كراهه اليمين المغلظه و مرجوحيتها. و ليس من شرط متعلق اليمين أن يكون راجحا-كما هو الحال فى متعلق النذر-بل يشترط فيه أن لا يكون مرجوحا.

و استحباب إحلاف الحاكم إياه كذلك لا يلازم استحباب اجابه الحالف إليه. أقول: لكن يمكن القول بأن أدله استحباب إجابه دعوه المؤمن و قضاء حاجته توجب زوال الكراهه و تحقق الرجحان لليمين المغلظه، نظير الصوم المستحب حيث يترجح الإفطار منه لو طلب ذلك، و نظير ما إذا نذر الولد ترك شىء كشرب التتن مثلا حيث قالوا بانحلاله بأمر والده بفعل ذلك لان فعله حينئذ يترجح على تركه و من شرط انعقاد النذر رجحان متعلقه.

بل الظاهر عدم انعقاد اليمين مع طلب المؤمن على أن لا يجيب.

على أن هنـاك أخبـارا تـدل على أن الرجـل لو حلف يمينـا على أمر ثم رأى مخالفتهـا خيرا من الوفـاء بهـا جـاز له المخـالفه بل استحب و لا كفاره عليه. فعن سعيد الأعرج: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و ان لم يتركها خشـى أن يأثم أ يتركها؟ قال: أما سـمعت قول رسول اللّه صـلى اللّه عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها» (1) .

و اسـتدل فى الجواهر لمـا ذكره المحقق بـأن «حق المسـتحلف متـأخر عن لزوم اليمين» . أى: انه لما حلف على أن لا يجيب فقد لزمت اليمين، و حق المسـتحلف فى إحلافه متـأخر عن لزومهـا، و هـذا الـدليل لا يلائم الـدليل السابق عليه، لانه مع فرض عـدم استحباب الإجابه لعدم الملازمه لا يبقى حق للمستحلف، الا أن يكون هذا الوجه بعد الغض عن ذاك الوجه السابق له.

ثم قال: و ما ورد من أن طرو أولويه المحلوف على تركه يبيح الحل لا يجدى، إذ لا أولويه للحالف و ان التمسه الخصم أى طلبه منه. و هذا الكلام إشاره إلى خبر سعيد الأعرج و نحوه الظاهر فى جواز المخالفه بل استحبابها.

قـال: لكن فى الـدروس: و لو حلف على عـدمه ففى انعقـاد يمينه نظر من اشـتمالها على ترك المسـتحب و من توهم اختصـاص الاستحباب

1- 1) وسائل الشيعه:16-145. الباب:18، كتاب الايمان.

بالحاكم. و قد اعترض عليه بقوله: و فيه أنه لا خلاف أجده فى اختصاص الاستحباب به، بل فى الرياض: نسبته الى ظاهر النص و الفتوى بخلاف من عليه الحلف فإن الأرجح له ترک التغليظ بل الأرجح له ترک الحلف باللّه. و من هنا قال فى كشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس: و احتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ فى غايه الضعف» .

قلت: لكن كاشف اللثام ممن قال بالفرق بين التغليظ القولى و بين التغليظ الزمانى و المكانى فاختار لزوم الإجابه فى الثانى دون الأول. و على هذا المبنى لا مانع من القول بانحلال اليمين السابقه على عدم الإجابه.

ثم ان اليمين تاره تكون فى المرافعات الماليه فهنا يمكن أن يقال بتخيير المدعى عليه بين اليمين و بين دفع المال المدعى، و لكن هل يمكن أن يكون الشىء الواجب بالوجوب التخييرى مكروها فى نفس الوقت؟ و أخرى تكون فى الجنايات فإنه إذا لم يحلف حينئذ يجرى القصاص فى حقه فيكون الحلف حينئذ واجبا عليه بالوجوب التعيينى، و حيث تجب اليمين فكيف يقال بكراهتها؟ فمن هنا قال فى الجواهر: و لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من اشكال.

و كذا الأمر بالنسبه إلى التغليظ، و لذا قال «قده» : بل و كذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك.

قال: بل لا يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه

ص:۳۹۶

يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و ان كان مخالفا للحاكم الذى لا ينبغى أن يأمره بما هو مكروه فى حقه كما هو مقتضى القول المزبور.

فتلخص أن ما ذكره المحقق «قده» مشكل.

أقول: تاره يجتمع حكمان من الأحكام الخمسه فى موضوع واحد مثل: «أنقذ الغريق، و لا تغصب» فيمن اتفق غرقه فى مكان مغصوب، و حينئذ يتقدم أحدهما الأهم بحكم العقل.

و تاره يتوجه أحد الحكمين الى ذات الموضوع و الأخر إلى ذاك الموضوع مقيدا بأن لا يتوجه اليه حكم آخر، و حينئذ لا ريب فى تقدم الحكم الأول على الثانى فى حال اجتماعهما، و من هنا قلنا بوجوب الحج على من نذر قبل حصول الاستطاعه أن يزور الحسين عليه السلام فى كل عرفه ثم حصلت له الاستطاعه، و انحلال نذره المذكور، خلافا لصاحب العروه «قده» ، لان الشرط فى وجوب الحج هو الاستطاعه من حيث المال و البدن و تخليه السرب، و حيث تحقق ذلك كانت الاستطاعه متحققه و وجب الحج، لأن الأمر بالحج متوجه الى ذات الحج، و الأمر بالوفاء بالنذر فى حقيقته متوجه إلى زياره عرفه المقيده بعدم استلزامها لتفويت الحج (۱)) .

و فیما نحن فیه ان کان الأمر بالحلف المغلظ متوجها الی ذات الیمین من دون قید الرجحان و کان الأمر بالتزام ما حلف علیه سابقا مقیدا بعدم استلزام ذلک لترک ما هو الراجح فإنه یتقدم أمر الحاکم بالیمین المغلظه إجابه لالتماس الخصم و تنحل الیمین السابقه.

کیفیه استحلاف الأخرس:

قال المحقق: «و حلف الأخرس بالإشاره، و قیل: وضع یده علی اسم اللّه فی المصحف أو یکتب اسمه سبحانه و یوضع یده علیه، و قیل: یکتب الیمین فی لوح و یغسل و یؤمر بشربه بعد اعلامه فان شربه کان حالفا و ان امتنع ألزم الحق استنادا الی حکم علی علیه السلام فی واقعه الأخرس» .

أقول: فالأقوال فی کیفیه استحلاف الأخرس مختلفه، و مستند الأخیر صحیحه محمد بن مسلم التی ذکرناها سابقا، و ربما یستظهر

هـل يشترط كون الاسـتحلاف فى مجلس الحكم؟ منها التعيين و لكن الأصـحاب لم يعلموا بها بهـذا الوصف، إذ لعل الامام عليه السـلام كان عالما بحقيقه الحال و واقع الأمر فى تلك الواقعه، و قـد يؤيـد ذلك بحكمه «ع» بعد امتناعه عن الشـرب من دون رد لليمين على المـدعى، و قـد يقـال بكونها قضـيه فى واقعه لا سـيما بالنظر الى ما ذكر، أو أن ذلك من كيفيه من أنحاء اسـتحلاف الأخرس:

و الحق أنه لاـ يسـتفاد منهـا الحصـر، لان لفظ اليمين الـذى كتبه الامام عليه السـلام يختلف من حيث التغليظ عما جاء فى الاخبار الأـخرى، و لـذا احتـاط فى الجواهر بـالجمع بين الإشاره المفهمه التى بها يتم العقـد و الإيقاع و غيرها من الأخرس و بين الكيفيه المذكوره مع رضاه بشرب ذلك الماء و الا فالإشاره.

هل يشترط كون الاستحلاف فى مجلس الحكم؟

قال المحقق: «و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا فى مجلس قضائه إلا مع العذر كالمرض المانع و شبهه.» .

أقول: لقـد ادعى الإجماع على هذا الحكم، و ظاهر الجواهر أن الاسـتحلاف فى مجلس القضاء و الحكم-أى كونهما فى مجلس واحد-من شرائط نفوذ الحكم، فتكون عباره المحقق هذه كقوله:

«لاـ يسـتحلف أحـد إلاـ بـاللّه.» و نحوه، و يكون نتيجه ذلك أنه لو اسـتحلفه فى غير ذاك المجلس من غير عـذر لم يؤثر الحكم المتعقب له. قال فى الجواهر: و لعله لأصاله عـدم انقطاع الـدعوى بغيره بعـد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد فى تعليم ميزان القضاء

للحكـام لغير الغرض و لـو للاتفـاق المزبور، بـل يمكن دعوى انسـباق ذلـك منه خصوصـا النصوص المسـتفيضه المشـتمله على الشـكوى من نبى من الأنبياء الى اللّه تعالى من القضاء بما لم تر العين و لم تسمع الاذن فقال: «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به» (۱) الظاهره فى مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابه فيه حينئذ.

لكن فى المسالك جعل المراد من العباره الكراهه، فإنه قال:

قد تقدم أن مكان التغليظ المسـتحب للحاكم المسـجد و نحوه، و حينئذ فالنهى عن الاسـتحلاف فى غير مجلس القضاء المراد به منه الكراهه انمـا يتم على تقـدير كون مجلس القضـاء من أمكنه التغليظ و الا لم يتم النفى و النهى مطلقا، أو يحمل على يمين لا تغليظ فيها.

بل ظاهر السـرائر أن اسـتحلافه فى مجلس الحكم من الأمور المسـتحبه للحاكم، فإنه قال: «و ينبغى للحاكم أن لا يحلف أحدا إلا فى مجلس الحكم.» فيكون من المسـتحبات مثل استحباب التغليظ للحاكم. و بناء عليه يتوجه البحث عن استحباب ذلك للحالف أيضا و عدمه.

و لكن الأكثر على الأول و هو جعل «لا يسـتحلف» عزيمه و لـذا تعرضوا الى نفوذ الحكم و عدمه بدون ذلك، و لو كان مكروها أو مستحبا لم يكن لذلك البحث هنا وجه، و لما تمسكوا بالأصل أقول: الا أن الشك الذى ذكره فى الجواهر مسبب عن الشك

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸-۱۶۷.

فى شرطيه الاستحلاف فى مجلس الحكم لنفوذ الحكم، فيكون المرجع هو البراءه و تكون النتيجه نفوذ الحكم، و أما الخبر الذى ذكره «قده» فان ظهوره فى المباشره ليس لفظيا، نعم اللازم العقلى لتوجه الخطاب بإضافه الحاكم ذلك الى اسمه تعالى هو المباشره، إلا إذا قامت قرينه على أن المطلوب غير مشروط بالمباشره، و حيث لا قرينه فلا حجه للمخاطب على الترك.

ثم ان بعض الأمور تقبل الوكاله عرفا كالعقود فتشملها أدله الوكاله و ان كانت أدله تلك الأمور ظاهره فى المباشره، لأن أدله الوكاله تنزل الغير منزله الوكيل، فان كان الاستحلاف منها شملته أدله الوكاله كذلك و لم يلزم مباشره الحاكم له بل يكفى استحلاف وكيله، و يكفى استحلافه سواء كان فى المجلس أو غيره عملا بإطلاق «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» ، و ان كان الاستحلاف من الأمور غير القابله للتوكيل كما هو الأصل فى العبادات فالمباشره لازمه.

هذا كله الا مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فان الأكثر-بل نفى الخلاف فيه-على أن الحاكم يستنيب من يحلفه فى مكانه، و كذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز الى مجمع الرجال فإنه يرسل الى منزلها من يستحلفها. و قيل: يجب على الحاكم المضى بنفسه مع فرض عدم النقص عليه، و قيل بالتوقف حتى يزول العذر.

ص:۴۰۱

قلت: لكن أدله الوكاله مطلقه تعم صوره الاختيار و الاضطرار فان كان الأمر يقبلها جاز التوكيل فيه مطلقا و الا فلا كذلك، اللهم الا أن يكون إجماع، فالأحوط هو القول الأول، و عند الاضطرار فالقول الثانى مع فرض عدم النقص عليه و الا فالثالث، اللهم إلا إذا استلزم التوقف الضرر. و ان كان القول بعموم أدله الوكاله-إلا ما خرج بالدليل-غير بعيد، و يشهد به تجويزهم لذلك عند الاضطرار و قد تقدم سابقا بعض الإشاره الى ذلك (۱))

ص:۴۰۲

البحث الثانی

اشاره

(فی یمین المنکر و المدعی)

قال المحقق «قده» : «الیمین تتوجه علی المنکر تعویلا علی الخبر، و علی المدعی مع الرد و مع الشاهد الواحد، و قد تتوجه مع اللوث فی دعوی الدم» .

أقول: الأصل فی الیمین أن تتوجه علی المنکر، و قد أستثنی من ذلک موارد ذکر المحقق «قده» ثلاثه منها: «أحدها» رد المنکر الیمین علی المدعی، «و الثانی» ثبوت الدعوی بیمین المدعی مع الشاهد الواحد فی دعوی الدین، «و الثالث» ما إذا کانت دعوی المدعی فی القتل مقرونه بالظن، فهنا تتوجه الیه الیمین علی تفصیل ذکر فی محله.

و تتوجه الیمین علی المدعی فی الدعوی علی المیت مع البینه و فی الموارد التی لا- تعلم حقیقه الحال فیها عاده الا- من قبل المدعی، کما إذا طلقت المرأه فادعت کونها غیر طاهره عند الطلاق.

ص:۴۰۳

و الحاصل أن الأصل توجهها على المنكر، و هذا الأصل قانون كلى مستفاد من الاخبار (۱)) ، و يكون المرجع فى كل مورد شک فى توجه اليمين فيه على المدعى أو المنكر. و قد جاء فى أكثر تلك الاخبار: «و اليمين على المدعى عليه» لكن الفقهاء يعبرون عنه ب «المنكر» ، و لعله من جهه أن المدعى عليه قد لا تجب عليه اليمين كما إذا أقر بما يدعيه المدعى.

و هذه الاخبار تقيد إطلاق قوله صلى اللّه عليه و آله و سلم: «إنما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» (۲)) لو كان مطلقا.

قال: «و لا يمين للمنكر مع بينه المدعى» .

أقول: و يدل على ذلک النصوص أيضا (۳)) .

قال: «لانتفاء التهمه عنها» .

أقول: أى لما يقيم المدعى البينه و هى حجه شرعيه من دون ضم يمين إليها تنتفى التهمه عن الدعوى.

قال: «و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه فهو أولى باليمين» .

ص:۴۰۴

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۰، الباب ۳ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۶۹.

۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۶. الباب:۷ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

أقول: هذا معنى آخر للأصل المذكور سابقا، فإنه مع فقد المدعى للبينه يكون المنكر مستندا إلى البراءه الأصليه، إذ الأصل براءه ذمه المنكر عما يدعيه المدعى، و حيث ادعى عليه فهو أولى باليمين من المدعى، فان حلف سقطت الدعوى.

و أما استحلاف المدعى الذى لا بينه له على ما يدعيه فيتوقف جوازه على وجود دليل فى مقابل الأصل الذى يقتضى براءه ذمه المدعى عليه، و أما «إنما أقضى بينكم.» فقد ذكرنا أن المراد منه بيان ميزان القضاء و ليس فيه تعرض الى من عليه البينه و من عليه اليمين، فلا إطلاق له.

على أن يد المنكر على مورد الدعوى لا ترتفع بيمين المدعى و أما تقدم البينه على اليد فقد ثبت بالدليل.

أقول: لكن الظاهر أن هذا المعنى لا يصلح لان يكون الحكمه لجعل الشارع اليمين وظيفه للمنكر، و ليس معنى آخر للقاعده الكليه فى المقام بحيث يكون المرجع لدى الشك لو لا النصوص المشار إليها.

حكم ما إذا كان الحلف على نفى فعل الغير و فروع ذلك

قال المحقق: «و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا الا على نفى فعل الغير فإنها على نفى العلم» .

أقول: هذا أحد الأقوال فى المسأله، و فيها قولان آخران:

أحدهما: لزوم أن يكون الحلف على نفى العلم دائما، لأن

المؤثر هو العلم، فلو ادعى على زيد حقا كان مجرد عدم علمه بالحق كافيا لعدم ثبوته و لا حاجه الى نفيه كونه مدينا للمدعى.

و الثانى: لزوم كون الحلف على البت و القطع سواء كان على فعله أو فعل غيره، إذ لا معنى للتقابل بين الواقع و نفى العلم به، بل ان اليمين يجب أن تكون دائما مع الجزم و اليقين بنفى الدعوى مطلقا.

أقول: و الذى وجدنا فى النصوص هو الحلف و الاستحلاف على نفى المدعى، و لم نجد فى شىء منها أن يحلف على نفى العلم (١)) و كيف كان فالمعتبر هو الجزم سواء قلنا بأن نفى المدعى يستلزم نفى العلم به أولا، و قد أفتى بعضهم بأنه حيث ينكر المدعى به له أن يحلف على نفيه و أن يحلف على نفى العلم به، و أما على القول بلزوم اليمين على نفى المدعى على البت فلا يكفى اليمين على نفى العلم حينئذ.

و بناء على القول الثانى لو ادعى عليه دينا و لا بينه له وجب عليه الأداء فى صوره العلم بكونه مدينا، و مع الشك لا يجب لأصاله البراءه، فإن ادعى علمه بذلك و نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق و وجب عليه الأداء، و حينئذ يتوجه على هذا القول أنه لا يمكن أن يكون الميزان اليمين على نفى العلم فى كل مورد مع أنه مخالف

لظواهر النصوص المشار إليها، و من هنا حمل هذا القول على كون الدعوى على فعل الغير مع دعوى كون المدعى عليه عالما فهناك يحلف على نفى العلم.

ثم انه لو ادعى عليه ما ليس يعلمه و لم يطلب منه اليمين على نفى العلم سقطت الدعوى، لان الجواب بنفى العلم بمنزله الإنكار فان لم يكن له بينه و لم يستحلفه كانت الدعوى ساقطه.

هذا، و هنا فروع يشكل حكمها و إلحاقها بأحد القسمين، قال المحقق: «فلو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم، و لو ادعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» .

أقول: أما فى الفرع الأول فلان الابتياع مثلا ـ فعل نفسه فإذا أنكر حلف على الجزم، و أما فى الفرع الثانى فلا تتوجه عليه اليمين لانه فعل الغير، فان ادعى عليه العلم بفعل أبيه الميت مثلا كفاه الحلف على أنه لا يعلم.

هذا و ظاهر قوله: «فيكفيه الحلف أنه لا يعلم» هو فصل الخصومه بهذا الحلف، و أما إذا لم يحلف كانت الخصومه باقيه و تسمع بينه المدعى حينئذ، و سيأتى بيان ذلك قريبا.

و من الفروع ما ذكره بقوله: «و كذا لو قال قبض وكيلك» .

يعنى: أنه لو طالبه بحقه فقال له: قبض وكيلك، فان كان يعلم بعدم القبض جاز له الحلف على الجزم على قول، و قيل لا يجوز لانه فعل الغير.

ص:۴۰۷

أقول: لكن قد يحصل له العلم و الجزم بعدم القبض و ان كان فعل غيره، فحينئذ يجوز له الحلف على القطع، لان المنع عن اليمين على فعل الغير هو من جهه الجهل به غالبا، فان علم به جاز، كما إذا قال المدين: قبضه وكيلك الساعه العاشره من صباح يوم الجمعه و قد كان الوكيل عند موكله المدعى يوم الجمعه من أول الصبح حتى الظهر مثلا، فإنه حينئذ يجوز للموكل أن يحلف على البت على نفى القبض لعلمه الجازم بذلك.

فان لم يعلم الموكل لم يجز له الحلف، و كذا لا يحلف على نفى العلم ما لم يدع عليه ذلك، و حيث لا بينه للمدعى عليه على الأداء وجب عليه دفع الحق.

و فى الجواهر عن كشف اللثام: «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءه. و فيه: أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل.» .

أقول: ليس فى كشف اللثام ما يفيد ذلك، و هذا نص كلامه معلقا على قول العلامه: «و لو قال قبض وكيلك حلف على نفى العلم» بقوله: «دون البت، لانه فعل الغير و ان قيل أن يده يده و قبضه قبضه» نعم فى القواعد فرع آخر ذكره بقوله: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق و ان نفى الدعوى على رأى» .

هذا، و لكن قال المحقق الآشتيانى «قده» انه لو ادعى علمه بالقبض لم تسمع دعواه-لا أنه يحلف لنفيه-لان علم الموكل لا يلازم صدق الدعوى، إذ قد يكون جهلا مركبا، و لا يكون حجه

للحاكم حتى يحكم على طبقه.

و فيه: أنه منقوض بما لو ادعى علمه بقبض الوكيل فصدقه الموكل، فان هذا التصديق يكون بمنزله الإقرار عرفا و ان احتمل عقلا كونه جهلا مركبا، فظهر أن لـدعوى العلم بالقبض أثرا و لا أقل من نهى الحاكم إياه عن المطالبه حينئـذ، فلما ذا لا تسـمع؟ و من الفروع ما ذكر فى المسالك و الجواهر: لو ادعى عليه أن عبده جنى على المدعى ما يوجب استحقاقه أو بعضه فأنكر فوجهان من أنه فعل الغير فيحلف على نفى العلم، و من أنه عبده ما له و فعله كفعل نفسه و لذلك سمعت الدعوى عليه فيحلف على البت.

فعلى الثـانى ان لم يحلف يكون ناكلاـ بخلاف الأول فلا يكون ناكلا بعـدم الحلف، فان كان للمـدعى بينه على الجنايه فهو و الا سقطت دعواه.

و منهـا: إذا ادعى عليه أن بهيمته أتلفت زرعا له مثلا حيث يجب الضـمان بإتلاف البهيمه فأنكر فهل يحلف على البت لأنه الـذى يضـمن الضـرر بتقصـيره فى حفظهـا أولاـ لأنه فعل الغير؟ قولان، و عن الشـهيد قـدس سـره: ان العبـد يخالف البهيمه من وجهين «الأـول» : ان البهيمه لاـ تضـمن جنايتهـا الاـ مع التفريط بخلافه «الثانى» : ان جنايه العبـد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضـمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أ تلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها و لا تتعلق برقبتها.

و منها: لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و يسلم المبيع فقال له المشترى: ان موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق

الحبس و أنت تعلم، فهل يكتفى بالحلف على نفى العلم لأنها لنفى فعل الغير، أو لا- بد من اليمين على البت لانه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين؟ وجهان.

و منها: لو طولب البائع بتسليم المبيع فادعى حدوث عجز عنه و قال للمشترى: أنت عالم به. قيل: يحلف على البت لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع اليه، و يحتمل الحلف على نفى العلم، لان متعلقه فعل الغير.

و منها: ما لو مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر، قيل: يحلف على البت أيضا لأن الإخوه رابطه جامعه بينهما، و يحتمل قويا حلفه على نفى العلم.

ثم ان المراد من «الغير» هو أن لا يكون الفعل مستندا الى نفسه مع الالتفات و ان لم يكن مستندا الى «غيره» .

هذا، و قد اعترض صاحب الجواهر على القول الأول بعد ذكر الفروع المذكوره بقوله: «و لكن تحقيق الحال فى ذلك متوقف على تحقيق اقتضاء الدعوى المتعلقه بفعل الإنسان نفسه نفيا و إثباتا و بفعل الغير إثباتا: يمينا على البت أو ردا، و الا كان ناكلا قضى عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجديه الجواب بنفى العلم و ان صدقه المدعى فضلا عما لو ادعاه عليه أيضا، فإن جميع هذه الفروع مبنيه على ذلك، و قد تقدم سابقا فى جواب المنكر ما يستفاد منه

المناقشه فی ذلک و نزید هنا بأنه لا دلیل علی تسبیبها ذلک.» ثم انه «قده» انتهی الی القول: «و بذلک یظهر لک حینئذ ما فی الفروع السابقه جمیعها، و أنه لا فرق فی الحکم فیها بین القول بتعلقها فی فعل الغیر أو فعل المدعی علیه فی الاجتزاء بیمین نفی العلم مطلقا أو إذا ادعی علیه، و الا کان طریق إثباتها منحصرا فی البینه.» .

لکن الأظهر کون الیمین علی البت، لانه مقتضی أدله وجوبها علی المنکر، فان کانت الدعوی علی الواقع و هو ینکرها حلف علی البت سواء کان علی نفی فعل نفسه أو غیره، و ان کانت علی علمه و هو ینکره حلف علی نفیه کذلک مطلقا.

و لو کان شاکا فی صدق دعوی المدعی لم یمکنه الیمین سواء کانت علی فعل نفسه أو غیره، فلا یمکنه رد الحلف علی المدعی، و إذ لیس للمدعی بینه علی دعواه-کما هو المفروض-تسقط الدعوی لانحصار سبب الحکم فی بینه المدعی و یمین المنکر و کلاهما منتفیان، فان ادعی علیه العلم بالواقع بعدئذ کانت دعوی جدیده و کان له الحلف علی نفیه.

فیکون الحاصل لزوم کون الیمین علی البت مطلقا.

و هل الیمین بنفی العلم تفصل الخصومه کیمین المنکر علی عدم الحق فلا یستمع الی بینه المدعی بعدها أو لا؟ قال المشهور بالأول و هو ظاهر قول المحقق «قده» : «فیکفیه الحلف علی أنه لا یعلم» أی: فیکفیه فاصلا للخصومه، بمعنی أن الحاکم ان حکم علی طبقها لم تسمع بینه المدعی بعدها علی أصل الدعوی، لان معنی

«و اليمين على من أنكر» و «انما أقضى بينكم بالبينات و الايمان» هو القضاء بكل يمين كان وظيفه المدعى عليه بذلها، فحيث ادعى عليه العلم و حلف على نفيه و حكم الحاكم فصلت الخصومه. على أن ظاهر المدعى الفاقد للبينه على ما يدعيه من الحق هو رضاه بيمين المدعى عليه فى نفى دعواه علمه بالواقع، و قد دلت الاخبار على أن من رضى بيمين خصمه سقط حقه ((۱)) ، فإذا حلف فقد حصل سبب الحكم و بصدوره تنفصل الخصومه و لا تسمع البينه بعدئذ، بخلاف ما إذا لم يطلب منه اليمين على نفى العلم فإنها تسمع لأن الخصومه باقيه و ليس للحاكم إحلافه، لما تقدم من أنه لا يستحلفه الا بالتماس المدعى.

و بعباره أخرى: عند ما يحلف بنفى العلم تسقط دعوى العلم، و حينئذ لا ملزم للمدعى عليه بدفع الحق لعدم البينه، فيكون أثر الحلف على نفى العلم-مع حكم الحاكم-فصل الخصومه و عدم سماع البينه، فيكون الحاصل: ان الحلف على نفى العلم لا ينفى الواقع و لكنه لا يبقى المجال لان يتمكن المدعى من الإلزام بدفع شىء بإقامه البينه على الدعوى.

هذا كله بناء على عدم جواز الحلف على البت بمقتضى الامارات و الأصول، و الا كان له الحلف على نفى الواقع بالاستناد الى الحكم الظاهرى، فما هو المستفاد من الأدله؟

ص:۴۱۲

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۷۸. الباب:۹ من أبواب كيفيه الحكم.

الظاهر عدم الخلاف فی أن الید اماره علی الملکیه، فکلما کان تحت سلطنه الشخص من غیر معارض یکون له ملکا له (1) ، و من هنا یجوز له أنحاء التصرف فیه، و یجوز لغیره الاخبار-فی غیر مورد المرافعه-عن کون الشیء ملکا له استنادا الی کونه تحت یده.

هل یجوز الحلف اعتمادا علی الید و الاستصحاب؟

و هل یجوز الحلف اعتمادا علی الید؟ قولان.

و یدل علی الجواز:

1-خبر حفص بن غیاث عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «قال له رجل: إذا رأیت شیئا فی یدی رجل یجوز لی أن أشهد أنه له؟ قال: نعم. قال الرجل: أشهد أنه فی یده و لا أشهد أنه له فلعله لغیره.

فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: أ فیحل الشراء منه؟ قال: نعم. فقال أبو عبد اللّه علیه السلام: فلعله لغیره فمن أین جاز لک أن تشتریه و یصیر ملکا لک ثم تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز أن تنسبه الی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثم قال أبو عبد اللّه علیه السلام: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق» (2) .

بل قد یستظهر من قوله «و تحلف علیه» ان کلما یجوز الحلف اعتمادا علیه تجوز الشهاده کذلک.

1- 1) وسائل الشیعه:18-214. الباب:25 من أبواب کیفیه الحکم.

2- 2) وسائل الشیعه:18-215.

۲-خبر علی بن إبراهیم فی تفسیره بسنده عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث فدک أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال لأبی بکر:

«أ تحکم فینا بخلاف حکم اللّه فی المسلمین؟ قال: لا. قال: فان کان فی ید المسلمین شیء یملکونه ادعیت أنا فیه من تسأل البینه؟ قال: إیاک کنت أسأل البینه علی ما تدعیه علی المسلمین. قال: فإذا کان فی یدی شیء فادعی فیه المسلمون تسألنی البینه علی ما فی یدی و قد ملکته فی حیاه رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و بعده و لم تسأل المؤمنین البینه علی ما ادعوا علی کما سألتنی البینه علی ما ادعیت علیهم.» (۱) .

و أماره الصدق علی هذا الخبر لائحه مع حسنه سندا (۱)) .

و یدل علی جواز الشهاده و الحلف اعتمادا علی الاستصحاب خبر معاویه بن وهب قال: «قلت له: ان أبی لیلی یسألنی الشهاده عن هذه الدار مات فلان و ترکها میراثا و أنه لیس له وارث غیر الذی شهدنا له. فقال: اشهد بما هو علمک. قلت: ان أبی لیلی یحلفنا الغموس. فقال: احلف انما هو علی علمک» (۲) .

و یدل علی الجواز فی خصوص الشهاده خبره الأخر: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الرجل یکون له العبد و الأمه قد عرف

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۴۵. الباب:۱۷ من أبواب الشهادات.

ذلک فیقول: أبق غلامی أو أمتی فیکلفونه القضاه شاهدین بأن هذا غلامه أو أمته لم یبع و لم یهب أ نشـهد علی هذا إذا کلفناه؟ قال: نعم» (۱) .

لکن یعارضه المنع الوارد فی ذیل خبر آخر له و ان کان صدره دالا علی الجواز کذلک، و هذا نص الخبر بتمامه «قلت لأبی عبد اللّه علیه السـلام: الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سنه و یدع فیها عیاله، ثم یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما أحدث فی داره و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم أنه أحدث فی داره شـیئا و لا حدث له ولد و لا تقسم هذه الدار علی ورثته الـذین ترک فی الـدار حتی یشـهد شاهـدا عـدل أن هذه دار فلان ابن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان، أو نشـهد علی هذا؟ قال: نعم.

قلت: الرجل یکون له العبد و الأمه فیقول: أبق غلامی أو أبقت أمتی فیؤخذ بالبلد فیکلفه القاضی البینه أن هذا غلام فلان لم یبعه و لم یهبه أ فنشـهد علی هـذا إذا کلفناه و نحن لم نعلم أنه أحـدث شـیئا؟ فقال: کلما غاب من ید المرء المسـلم غلامه أو أمته أو غاب عنک لم تشهد به» (۲) .

و هذا الذیل و الخبر المتقدم کلاهما واردان فی مورد الترافع فحمل المانع علی هذا المورد و المجوز علی أن المراد من الشـهاده فیه هو الاخبار عن الواقع استنادا الی الاستصحاب خلاف الظاهر

ص:۴۱۵

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۴۶. الباب:۱۷ من أبواب الشهادات.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۲۴۶. الباب:۱۷ من أبواب الشهادات.

و الاولی الجمع بینهما بحمل الخبر المانع علی الکراهه لأنه ینافی رغبه الشارع و ترغیبه فی انعتاق الإماء و العبید بشتی الوسائل مهما أمکن.

هذا کله بالنظر الی الأدله الخاصه، و یمکن الاستدلال لذلک بعمومات أدله الاستصحاب و الید، إذ المستفاد من خبر حفص بن غیاث عدم اعتبار العلم بالواقع عند الشهاده، و علیه فان شهد بأن هذا ملکه ترتبت آثار الملکیه بلا ریب، و کذا فی الاستصحاب، فحیث یستصحب طهاره الثوب مثلا و تجوز الصلاه فیه یجوز الحلف علی هذه الطهاره أیضا و لا مقید بکونها طهاره واقعیه حتی یجوز الحلف.

ثم ان الدعوی تبرز تاره بحیث یکون للمدعی علیه الحلف علی البت و ان کانت فی الواقع متعلقه بفعل الغیر کأن یقول له:

«الذی فی یدک لی» و أخری تبرز علی وجه لا یکون له ذلک، کأن یقول له: «الذی بیدک قد غصبه مورثک» فهنا یحلف علی نفی العلم.

متی یحلف المدعی؟

قال المحقق: «أما المدعی و لا شاهد له فلا یمین علیه» .

أی: لما تقدم مرارا من قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم: «البینه علی المدعی و الیمین علی من ادعی علیه» .

قال: «الا مع الرد أو نکول المدعی علیه علی قول» .

أی: بناء علی القول بتوجه الیمین علی المدعی مع نکول

المدعى عليه و أما على القول الأخر فيثبت حق المدعى بنكول المدعى عليه من دون يمين.

قال: «فان ردها المنكر توجهت، فيحلف على الجزم، و لو نكل سقطت دعواه إجماعا» .

أى: و تنفصل الخصومه فلا تسمع دعواه بعدئذ.

قال: «و لو رد المنكر اليمين ثم بذلها قبل الإحلاف، قال الشيخ: ليس له ذلك الا برضا المدعى. و فيه تردد منشؤه أن ذلك تفويض لا إسقاط» .

أقول: و الظاهر أنه تفويض لا إسقاط، و هو مقتضى عمومات و إطلاقات: «و اليمين على المدعى عليه» ، إذ القدر المتيقن خروج صوره الرد مع حلف المدعى، بل هو مقتضى استصحاب جواز حلف المنكر أو بقاء حقه فى الحلف الثابت له قبل الرد، و لا ينافيه ما فى النصوص من التعليل بقوله عليه السلام: «لأنه رضى.» لأن المراد هو أن اليمين التى كانت برضاه تذهب بحقه لا أن مجرد رضاه بيمينه يسقطه.

قال: «و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق.» .

أقول: قد يدعى المدعى الحلف و لا يذكر سبب الاستحقاق، و قد يذكره أيضا، فان لم يذكر السبب حلف المنكر على نفى الحق، و ان ذكره كان بالخيار، فله أن يحلف على نفى الحق، و له أن يحلف على نفى الاستحقاق بحيث يعم ذاك السبب و غيره، إذ لا فرق بين

نفی عین المدعی و بین نفی الأعم.

و عن الشیخ «یلزمه الحلف علی وفق الجواب، لانه لم یجب به الا و هو قادر علی الحلف علیه» .

و لکن مقتضی إطلاقات أدله البینه هو الأول.

قال المحقق «قده» : «و لو ادعی المنکر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعیا و المدعی منکرا، فیکفی للمدعی الیمین علی بقاء الحق، و لو حلف علی نفی ذلک کان آکد لکنه غیر لازم» .

أقول: أی أنه لا خلاف هنا علی أن یقول: و اللّه لم أبرأ ذمتک، أو: و اللّه ما أقبضتنی حقی، و له أن یقول: و اللّه ان حقی باق، بخلاف الفرع السابق حیث کانت المسأله خلافیه.

قال: «و کل ما یتوجه الجواب عن الدعوی فیه یتوجه معه الیمین و یقضی علی المنکر به مع النکول کالعتق و النسب و النکاح و غیر ذلک، و علی القول الأخر ترد الیمین علی المدعی و یقضی له مع الیمین و علیه مع النکول» .

أقول: ان بعض الدعاوی تسقط مع عدم البینه و لا یمین فیها علی المنکر مثل الدعوی فی الحدود، فلو أحضر زیدا عند الحاکم و ادعی علیه شرب الخمر لم یثبت بهذه الدعوی حق فلذا لا یسمعها الحاکم، و أما لو کان له بینه علی ذلک حکم بوجوب الحد علیه.

و بعض الدعاوی یحلف المنکر فیها علی النفی عند عدم البینه مثل الدعوی علی مال أو حق.

و بعض الدعاوی وقع الخلاف فیها بین العامه و الخاصه مثل

الـدعوی علی الطلاق و النکاح، فالأصـحاب علی أن الیمین تتوجه علی المنکر مع عـدم بینه المدعی، و خالف بعض العامه فمنع من توجه الحلف علی المنکر فی الأبواب المذکوره لأن المطلوب من التحلیف الإقرار أو النکول لیحکم به، و النکول عن الیمین نـازل منزله البـذل و الإباحه، و لا مـدخل لهما فی هـذه الأبواب، و خالف بعض آخر منهم، فخص التحلیف فیما یثبت بشاهـدین ذکرین إلحاقا له بالحد.

و عمومـات و إطلاقـات «و الیمین علی المـدعی علیه» و «علی من أنکر» تبطـل مـا ذهبوا الیه، و مـا ذکر فی وجه المنع اسـتحسان محض، و قد تقدم أن الیمین تتوجه علی المنکر فی کل مورد أوجب حقا بخلاف الدعوی فی الحدود.

مضافا الی خصوص ما رووه: «ان رکانه أتی النبی (ص) فقال:

یـا رسول اللّه طلقت امرأتی البته. فقـال: مـا أردت بالبته؟ قال: واحـده فقال: و اللّه ما أردت بها إلا واحـده؟ فقال رکانه: و اللّه ما أردت بها إلا واحده، فردها الیه، ثم طلقها الثانیه فی زمن عمر و الثالثه فی زمن عثمان» (1) حیث اکتفی فیه بالیمین علی ما أخبر به من قصده بها فی الطلاق من جهه أن قصده ذلک لا یعرف الا من قبله فلذا أمره صلی اللّه علیه و آله و سلم بالحلف.

و لکن استحلافه «ص» علی أنه قصد المره-و لم یکن الطلاق ثلاثا فی المجلس الواحد مبدعا بعد-وجهه غیر واضح.

۱- ۱) سنن البیهقی ۷-۳۴۲.

مسائل ثمان

المسأله الأولی

(متی تتوجه الیمین علی الوارث؟)

قال المحقق «قده» : «لا تتوجه الیمین علی الوارث ما لم یدع علیه العلم بموت المورث و العلم بالحق، و أنه ترک فی یده مالا» .

أقول: یشترط فی صحه الدعوی علی الوارث فی حق علی المورث أمور: «الأول» علم الوارث بموت المورث، «و الثانی» علمه بثبوت الحق علی المورث و اشتغال ذمته به، «و الثالث» العلم بوجود ترکه فی ید الوارث بمقدار الحق أو بعضه.

فهذه الأمور شرط، و لذا لو صدق المدعی الوارث علی عدم أحد هذه الأمور الثلاثه لم یکن للدعوی علیه وجه فضلا عن توجه الیمین علیه الذی أشار إلیه المحقق بقوله:

«و لو ساعد المدعی علی عدم أحد هذه الأمور لم یتوجه» .

ص:۴۲۰

ثم قال «قده» : «و لو ادعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنه لا يعلم» .

أى: لأنها دعوى تتعلق بعلمه بفعل الغير، فحيث لا يعلم كفاه الحلف على نفى العلم.

قال: «نعم لو أثبت الحق و الوفاه و ادعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع» .

أقول: لا اشكال فيما ذكر، لانه بعد ثبوت الحق و الوفاه بالبينه مثلا تكون دعوى وجود مال للمورث عند الوارث متعلقه بأمر راجع الى نفس الوارث، فان كان ينكر ذلك وجب عليه الحلف على نفيه على البت لا على نفى العلم.

و لكن هل الدعوى مشروطه بهذه الأمور أو أن الاستحلاف مشروط بها؟ الظاهر هو الأول كما ذكرنا، بل لا ريب فى اشتراط الأمر الأول حتى يتمكن من الدعوى، إذ تقدم فى محله أنه يشترط فى صحه الدعوى كونها عن جزم فلا تسمع دعواه باحتمال كونه ذا حق.

و لو صدق الوارث فى دعوى الجهل بكون مورثه مدينا كانت مطالبته بحقه منه لاغيه، و أما لو كان متيقنا من علمه أو شك فيه جازت له المطالبه مع فرض وجود التركه، و هل يحلفه على نفى العلم أو على إنكار أصل الدعوى؟ ان ادعى علمه بالأمور كان عليه اليمين على نفى العلم، و هل هذه اليمين تفصل الخصومه على الواقع؟

قولان. و تظهر ثمره الخلاف فی البينه التی يقيمها المدعی بعدها.

و عن الشيخ: انه لا- يشترط فی صحه الدعوی دعوی المدعی علی الوارث العلم، بل للمدعی إبراز الدعوی و للوارث حينئذ الحلف علی نفی العلم، فان حلف سقطت الدعوی و فصلت الخصومه، لكن قول الشيخ بجواز حلف الوارث علی نفی العلم مع عدم ادعاء المدعی عليه ذلك بعيدا جدا.

و قال المحقق «قده» : لا تتوجه اليمين ما لم يدع علمه بالحق إذ لا يحلف علی فعل الغير. و هذه العباره مفادها عدم كون شرط الدعوی ذلك، بل شرط الاستحلاف دعوی علمه، و يكون الحاصل جواز دعواه الحق، فإن كان له بينه ثبت حقه و الا فإن ادعی علم الوارث حلف علی نفيه و الا- لم يحلف لا-نه علی فعل الغير، و مع الحلف تنفصل الخصومه و ينقطع النزاع، و قيل: لا تسقط الدعوی باليمين علی نفی العلم.

لكنا نقول بناء علی ما عرفت فيما مضی فی مسأله يمين الموكل انه ان كان الوارث متمكنا من اليمين علی نفی أصل الدعوی جاز له ذلك، و الا وجب عليه اليمين علی نفی العلم و ان لم يكن يدعی عليه العلم حتی و لو كان المال الذی بيده للمدعی فی الواقع، الا أن يقال بانصراف أدله «اليمين علی من ادعی عليه» عن هذا المورد لكن تقدم أن الأظهر عمومها للمورد، و أن اليمين علی نفی العلم تقوم مقام اليمين علی نفی الواقع، لان الغرض من الدعوی علی

المورث فی الحقیقه هو الدعوی علی الوارث و أنه عالم بذلک، و الا لم یکن للترافع بینه و بین الوارث وجه.

و بعباره أخری: ان الیمین علی نفی العلم أثرها سد الطریق علی المدعی بحیث لا یمکنه بعد ذلک إلزام الوارث بالحق.

و اختار صاحب الجواهر «قده» کفایه الیمین علی نفی العلم عن الیمین علی نفی الحق، و اعترض علی الأصحاب بأن الأمر مشوش غیر منقح عندهم، خصوصا بعد اقتضائه ما هو کالمقطوع بفساده من عدم سماع الدعوی فی غیر الوارث أیضا، کما لو ادعی مدع علی عین فی ید آخر أنه سرقه سارق و باعه أباک من دون أن یدعی علیه العلم بذلک، ضروره عدم الفرق بین الوارث و غیره فی ذلک.

المسأله الثانیه

(لو ادعی علی المملوک فمن الغریم؟)

قال المحقق «قده» : «إذا ادعی علی المملوک فالغریم مولاه و یستوی فی ذلک دعوی المال و الجنایه» .

أقول: یعنی أن المدعی علیه فی الحقیقه هو المولی، و علیه یکون العبره بإقراره و إنکاره لا بإقرار العبد و إنکاره، سواء کانت الدعوی فی المال أو کانت فی جنایه ارتکبها العبد. لکن فی المسأله تفصیل، و بیان ذلک:

انه فی کل دعوی یکون الضرر متوجها فیها علی المولی تکون العبره بإقرار المولی و إنکاره، فلو ادعی علی المملوک ملکیه مال

معین بیـده کان المولی هو المدعی علیه فی الواقع لانه الغریم، إذ العبد و ما فی یده لمولاه، فإن أقر المولی أخذ المال و دفع الی المـدعی و ان أنکر حلف، و کـذا لو کـانت الـدعوی جنـایه، فعلی القول بـأن دیه خطأ العبـد علی المولی یکون الاعتبـار بـإقرار المولی و إنکـاره، و لا ـ فرق فی الجنـایه بین مـا یوجب اسـتحقاق العبـد و غیره، لاـن الغریـم هو المولی علی کل حال، و أما علی القول بـأن هـذه الـدیه علی العبـد نفسه لا ـ علی المولی کـانت العبره بـإقرار العبـد و إنکاره، فإن أقر صبر حتی ینعتق فیؤدی و الا حلف علی النفی.

و کذا لو صدر منه ما یوجب قتله قصاصا بعد العتق.

و لو صـدر من العبـد مـا یوجب قتله قصاصـا فی حـال رقیته فهـل المعتبر إقرار المولی و إنکاره لأنه الغریم أو یعتبر إقرار و إنکار العبد حینئذ لأنه المباشـر و المدعی علیه؟ وجهان، و تظهر الثمره فیما لو أقر المولی بالجنایه و أنکر العبد. و الأول مشـکل، لانه و ان کان هو الغریم لکن لیس المولی مالکا لحیاه العبد، و قد تقرر أن من ملک شیئا ملک الإقرار به.

و لـو أقر العبـد بهـذه الجنـایه فـإن إقراره ینتهی إلی ضـرر المـولی إذ المفروض وجوب قتله فعلا ـ قبـل الانعتـاق، و حینئـذ یتوجه الإشکال بأن دلیل: «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» لیس علی إطلاقه لیشمل صوره استلزامه الضرر لغیره.

فظهر أن فی المسأله تفصیلا، و الظاهر أن مراد المحقق من کلامه ما إذا کانت الدعوی علی المملوک من حیث أنه مملوک.

ص:۴۲۴

و قد تلخص أنه يدور أمر الاعتبار بالإقرار و الإنكار مدار الغرم، فحيث يتوجه الضرر و الخساره على المولى يكون الاعتبار بإقرار و إنكاره و حيث يتوجه على نفس العبد بأن يؤدى الحق بعد الانعتاق كان الاعتبار بإقراره و إنكاره.

و عن القواعد: «و إذا ادعى على المملوک فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنايه، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و تثبت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق» و ظاهره وجوب اليمين على العبد و ان كان الغريم مولاه فان نكل لم تؤثر يمين المولى. و فى الجواهر: و مراده على الظاهر الإشاره بذلک الى توجه سماع الدعوى على العبد منفردا أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى.

قلت: و لكن توجه اليمين على العبد حيث يكون هو الغريم هو قول جميع الفقهاء و ليس قولا للعلامه حتى يقول و الأقرب عندى.

و يحتمل أنه وجه اليمين على العبد لا المولى لأنها على فعل الغير، و فيه: لو كان مراده ذلک لوجهها على المولى بأن يحلف على نفى العلم.

المسأله الثالثه

(هل تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه؟)

قال المحقق: «لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه» .

أقول: لا خلاف فى عدم سماع الدعوى فى الحدود حتى يقيم

المدعی البینه المعینه شرعا فی کل مورد، لان الحدود حق اللّه تعالی و قد اشترط فی ترتیب الأثر علی الدعوی فیها وجود البینه، بل انه تعالی یحب عدم تعقیب ما یوجبها و ترک إثباتها، بل أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات (1) .

قال: «فلا یتوجه الیمین علی المنکر» .

و أما فی حق الآدمی فتسمع الدعوی المجرده عن البینه و یستحلف المنکر لان الیمین أحد طریقی إثبات حق الآدمی، و لذا یسقط الحق برضا صاحبه بیمین خصمه.

قال: «نعم لو قذفه بالزنا و لا بینه فادعاه علیه قال فی المبسوط:

جاز أن یحلف لیثبت الحد علی القاذف و فیه إشکال، إذ لا یمین فی الحد» .

أقول: کان ما ذکرناه فی خصوص الدعوی فی حق اللّه تعالی کحد الزنا و شرب الخمر، و لو اشترکت الدعوی بین اللّه و بین الآدمی کحد القذف کأن یقذفه بالزنا و لا بینه فهل للیمین أثر فی ثبوت الحد و عدمه أو لا؟ الصحیح هو الثانی لإطلاق النصوص الوارده فی المقام و الداله علی أنه «لا یمین فی حد» :

١) فعن البزنطی عن بعض أصحابنا عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «أتی رجل أمیر المؤمنین علیه السلام برجل فقال: هذا قذفنی،

١- ١) وسائل الشیعه:١٨-٣٣۵. الباب:٢۴، أبواب مقدمات الحدود.

و لم تكن له بينه. فقال: يا أمير المؤمنين استحلفه، فقال: لا يمين فى حد و لا قصاص فى عظم» (۱)) .

و هـذا الخبر ظاهر فى أن الرجل قـد ظن أن للقاذف الـذى لا بينه له أن يسـتحلف المقذوف لكونه منكرا كسائر المرافعات، فقال الامام عليه السلام: ان اليمين لا تؤثر لا فى إثباته و لا فى نفيه.

۲) عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد» (۱)) .

و الظاهر أن المراد من «صاحب الحد» هو من يجب اجراء الحد عليه، و يحتمل أن يكون المراد: ان الذى يريد اجراء الحد

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۳۳۵. الباب:۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، و هو معتبر.

-و هو الامام-لا يستحلف.

(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال: انه افترى على، فقال على عليه السلام للرجل: أ فعلت ما فعلت؟ فقال: لا. ثم قال على عليه السلام: أ لك بينه؟ قال: فقال: ما لى بينه فأحلفه لى. قال على عليه السلام: «ما عليه يمين» (١) .

خلافا للشيخ قدس سره فى المبسوط إذ قال: «جاز أن يحلف ليثبت الحد على القاذف» أى: ترجيحا لحق الآدمى على حق اللّه عز و جل، و من الحالف حينئذ؟ فى العباره احتمالان- «أحدهما» :

أن يكون المراد أن يقذفه بالزنا و لا بينه فيدعى المقذوف عليه ذلك فينكر و يمتنع عن اليمين و يردها على المدعى، فيجوز له أن يحلف اليمين المردوده ليثبت الحد على القاذف «و الثانى» : أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن يقول له: يا زانى، ثم لما أريد إجراء حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك. فيجوز أن يحلف المقذوف على عدم الزنا ليثبت الحد على القاذف، فان لم يحلف لم يثبت الحد.

و كيف كان فما ذهب إليه ينافى تلك النصوص الداله على أنه لا يحلف لا فى إثبات الحد و لا فى نفيه، فان كان للقاذف بينه على

١- ١) وسائل الشيعه:١٨-٣٣٥. الباب:٢٤ من أبواب مقدمات الحدود، فيه «غياث بن كلوب» و هو مجهول.

الزنا سقط الحد و الا ثبت، قال اللّه تعالى «وَ اَلَّذِينَ يَرْمُونَ اَلْمُحْصَناتِ .» الى آخر الآيه (۱) .

و ليس حق الآدمى فى هذه المسأله منفصلا عن حق اللّه تعالى ليرجح فيها حقه على حق اللّه، بل الحقان كلاهما واردان على الحد بخلاف مسأله السرقه حيث الغرم و القطع أمران مختلفان و لذا يمكن إثبات الغرم دون القطع فى بعض صورها كما سيأتى أيضا.

المسأله الرابعه

(منكر السرقه تتوجه عليه اليمين)

قال المحقق: «منكر السرقه يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم» .

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن السرقه توجب فى حال ثبوتها أمرين: «أحدهما» حق الآدمى و هو المال المسروق، و «الثانى» القطع و هو الحد الشرعى و هو حق اللّه تعالى، و قد عرفت أنه لا ملازمه بين الحقين فقد يثبت أحدهما فى مورد دون الأخر، فمن ادعى عليه السرقه فأنكرها يتوجه عليه اليمين من جهه حق الآدمى، فإن حلف سقط الغرم.

«و لو نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول و هو الأظهر» تبعا للمحقق و جماعه «و الا حلف المدعى» ليثبت الحق و الا سقطت الدعوى.

۱- ۱) سوره النور:۴.

قال المحقق: «و لا يثبت الحد على القولين» .

أقول: أى لما عرفت من أن ثبوت الغرم أو سقوط الحق باليمين و عدمها لا يثبت كونه سارقا بحيث يترتب عليه الحكم الشرعى المقرر.

قال: «و كذا لو أقام شاهدا و حلف» .

أقول: أى لأنه لا يمين فى حد كما تقدم، إذ لا فرق حينئذ بين وجود الشاهد الواحد و عدمه من هذه الجهه.

المسأله الخامسه

(لو كان له بينه فأعرض عنها فهل له الرجوع؟)

قال المحقق: «لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال أسقطت البينه و قبلت اليمين فهل له الرجوع؟ قيل: لا. و فيه تردد، و لعل الأقرب الجواز» .

أقول: فى المسأله قولان، و الأقوى هو الجواز وفاقا للمحقق و غيره و خلافا للشيخ، و وجه التردد عند المحقق هو التأمل فى أن اقامه البينه حق للمدعى أو أنه حكم شرعى، و لو كان حقا فهل هو من الحقوق القابله للإسقاط أو لا؟ و الظاهر أنه حق لا يقبل الاسقاط، و مع الشك فى كونه حقا قابلا له يكون الأصل بقاؤه، و كذا يستصحب البقاء بناء على كونه حكما، فالظاهر هو جواز الرجوع الى إقامه البينه أو إليها بعد إقامتها و قبل حلف المنكر.

و لا يجرى هنا استصحاب تأثير اليمين، بأن يقال انه بالإعراض

أو الإسقاط يكون المؤثر اليمين فمع الشك فى بقاء تأثيرها بعد الرجوع يستصحب التأثير، و وجه عدم الجريان هو أن المورد يكون من صغريات كبرى دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص و التمسك بعموم العام، و قد تقرر فى محله أن التحقيق هو الثانى.

قال: «و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر» .

أى: ثم عاد اليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المدعى ثم عاد الى اختيار الحلف الذى يقوم مقام الشاهد الثانى.

المسأله السادسه

(فيمن يقبل قوله بلا يمين)

ذكر المحقق فيها أربعه فروع أفتى فى الثلاثه الأولى منها بقبول قول المدعى بلا يمين و تردد فى الرابع، لكن فى المسالك ذكر أكثر من عشرين فرعا قال فى جميعها بقبوله كذلك، فالفروع الثلاثه هى:

الأول «لو ادعى صاحب النصاب ابداله فى أثناء الحول» أى لينفى عنه الزكاه «قبل قوله بلا يمين» .

الثانى «و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان» أى: فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه.

الثالث «و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول» أى:

ليتخلص عن الجزيه بناء على عدم شمول «الإسلام يجب ما قبله» (۱)) لهذا المورد، و أما بناء عليه فلا يطالب بالجزيه و ان لم يدع ذلك.

ثم ان الدليل فى هذه الفروع عدم الخلاف كما فى الجواهر، و أن الحق فى هذه الموارد للّه عز و جل، مع أن الحق فيها لا يعلم الا من قبل المدعى.

و هناك نصوص فى خصوص بعض فروع المسأله مثل أن يقول:

«لا زكاه على» مثلا (۲)) .

و الفرع الرابع قوله: «أما لو ادعى الحربى الإنبات بعلاج لا بالسن ليتخلص من القتل فيه تردد، و لعل الأقرب أنه لا يقبل الا مع البينه» .

أقول: منشأ التردد هو: ان قتل الكافر الحربى حد من حدود اللّه تعالى، و قد أمر سبحانه بدرء الحدود بالشبهات، و قد تقدم أن

لا یمین فی حد، و أن الإنبات لا یعلم الا من قبل الشخص، مع أن الیمین لا تقبل من غیر البالغ و هذا مشکوک فی بلوغه.

و من أن الإنبات أماره شرعیه علی البلوغ، و کونه بعلاج خلاف الظاهر، و لا یقبل قول من ادعی خلاف الظاهر الا مع البینه، و إذ لا بینه هنا فإن أقل ما تثبت به الدعوی هو الیمین، فقیل: یحلف الان لوجود الاماره الشرعیه علی البلوغ المعتبر فی صحه الیمین، و قیل:

یصبر حتی یعلم ببلوغه، و علی الأول ان حلف لم یقتل و الا قتل، و علی الثانی ان حلف سقط الحد و ان نکل کشف عن استحقاقه القتل منذ الأسر.

أقول: لکن یرد علی القول الثانی أنه ان بلغ کافرا وجب قتله و لا حاجه الی هذا البحث، و ان أسلم فإن قلنا بمقتضی «الإسلام یجب ما قبله» فلا یحلف و لا شیء علیه، و الا فإن حلف سقط الحد و ان نکل قتل.

هذا ان لم نقل بأن کون الإنبات أماره للبلوغ مشروط بکونه طبیعیا و الا فإنه مع الشک فی کونه بالعلاج أو بالطبع فلا یجوز قتله و ان لم یدع الإنبات بعلاج، الا أن یتمسک بأن الأصل عدم کونه بعلاج، لکنه أصل مثبت. اللهم الا أن یکون إجماع علی وجوب قتله حینئذ.

و معنی قول المحقق: «لا یقبل الا مع البینه» انه لا یقبل مع الیمین، فإن أقام البینه قبل و الا قتل، و أشکل علیه فی الجواهر بقوله:

«لکن لا یخفی علیک ما فیه من أنه بعد تسلیم الظهور لا ینافی تحقق

الشبهه الدارئه-قال-: بل الظاهر تحققها مع عدم اليمين خصوصا فى مثل الفرض» .

و هل يقبل قول مدعى الإنبات بعلاج فى غير مورد الحد الذى أمرنا بدرئه بالشبهه؟ مثاله: لو أجرى عقد بيع ثم لما حضر المشترى لتسلم المبيع ادعى كونه صغيرا فى حال اجراء العقد و أن إنبات الشعر المتحقق فيه حاصل بعلاج منه و ليس طبيعيا ليدل على البلوغ فهل يسمع قوله لا سيما و أنه مطابق للأصل أو لا بل يسمع قول المشترى و هو مقتضى أصاله الصحه؟ أقول: أما أصاله الصحه فتجرى عند الشك فى الصحه بعد إحراز اجتماع الشرائط المعتبره، و مع الشك فى بلوغ البائع فلا يجرى هذا الأصل لأنه لا يحرز البلوغ. لكن الصحيح عدم قبول قول البائع فى هذه الصوره، لأن إنبات الشعر ظاهر فى البلوغ، و المناقشه فى هذا الظهور ممنوعه، و هو متقدم على الأصل و الا لم تتقدم أماره على أصل فى مورد.

قال فى الجواهر: و مما ألحق بذلك دعوى البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمكان إقامه البينه على السن و اعتبار الإنبات لأن محله ليس من العوره، و على تقديره فهو من مواضع الضروره. و على كل حال لا يمين و الا لزم الدور، لان اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره.

أقول: صحه اليمين متوقفه على البلوغ، و البالغ قد لا يحلف

أصـلا، نعم ثبوت البلوغ يتوقف عليهـا، فلاـ دور. فالـدليل على عـدم اليمين فى المقام كونه شـبهه مصـداقيه للبلوغ المعتبر تحققه للحالف فى صحه يمينه.

هـذا و قـد ذكروا فى المقـام فروعـا، و الضابـط الكلى هو: ان كان الطرف فى الـدعوى هو اللّه تعالى محضا فلا يشترط اليمين، و كذا ان كان مورد الدعوى حقا عاما للناس.

و فى المسالك: ضـبطها بعضـهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين اللّه تعالى، أو لا يعلم الا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير.

و فيه-كمـا فى الجواهر-ان ذلـك كله مع عـدم الخصومه، و أما معها فلا، فقول ذى اليـد مثلا حجه إلا إذا خوصم فحينئـذ تتوجه عليه اليمين.

المسأله السابعه

(حكم ما لو مات رجل و ظهر له شاهد بدين)

قـال المحقق: «لو مـات و لاـ وارث له و ظهر له شاهـد بـدين قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر. و كـذا لو ادعى الوصـى أن الميت أوصى للفقراء و شهد واحد و أنكر الوارث. و فى الموضعين إشكال لأن السجن عقوبه لم يثبت موجبها» .

أقول: فى المسأله فرعان: «الأول» -لو شهد شاهد بأن زيدا الميت يطلب من عمرو كذا مالا و لا وارث لزيد حتى يطالبه به،

فإن أقر عمرو بالدين وجب عليه الأداء، و ان أنكر وجب عليه اليمين، فان حلف على الإنكار فلا شيء عليه، و ان نكل ألزم بدفع الحق، إذ المفروض عدم إمكان الرد لموت الدائن و عدم الوارث و أنه يستحيل تحليف المسلمين و الامام عليه السلام، و عن الشيخ في المبسوط: يحبس حتى يحلف أو يقر.

و «الفرع الثاني» : لو ادعى الوصي على الوارث أن الميت أوصى للفقراء كذا من ماله ثم شهد شاهد واحد بما يدعيه الوصي و أنكر الوارث ذلك، فان كان الوارث يعلم بالعدم حلف على النفي على البت، و ان لم يعلم حلف على نفي العلم، و لو نكل لم يمكن رد اليمين على الوصي، لأنه يدعي حقا للفقراء فلا يجوز له أن يحلف عنهم، و حينئذ يحكم على الوارث بالنكول، و يلزم بدفع الحق، و قيل: يحبس حتى يحلف أو يقر.

بل لا فرق في الفرع الثاني بين أن يكون للوصي شاهد واحد أو لا، لما عرفت من عدم ترتب الأثر على يمينه، فوجود الشاهد الواحد و عدمه على السواء.

و لو ادعى الوارث على أحد حقا لمورثه استنادا الى ما وجده مسجلا في ثبته، فان حلف زيد على النفي فهو، و ان حلف على نفي العلم فكذلك، و الا فلا مجال للرد على الوارث، و عليه دفع الحق بمجرد النكول.

و كذا الأمر في كل مورد لم يمكن فيه الرد، فإنه يحكم على

ص:۴۳۶

المنکر بالنکول و یلزم بدفع الحق، و أما مع إمکانه فإن حلف المدعی ثبت الحق و الا سقطت الدعوی.

و لو کان صاحب الحق الامام علیه السلام فعلی المنکر الیمین، فان لم یحلف ثبت الحق و لا یرد علی الإمام.

المسأله الثامنه

(حکم ما لو مات و علیه دین یحیط بالترکه)

قال المحقق: «لو مات و علیه دین یحیط بالترکه لم ینتقل الی الوارث و کانت بحکم مال المیت، و ان لم یحط انتقل الیه ما فضل عن الدین» .

أقول: فی الکتاب مطلقات تدل علی انتقال مال المیت الی وارثه مطلقا، مثل قوله تعالی «یُوصِیکُمُ اَللّٰهُ فِی أَوْلاٰدِکُمْ .» و قد قید ذلک فی آیات کقوله تعالی «. مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِها أَوْ دَیْنٍ» فیکون مقتضی الجمع: انتقال ما فضل من المال الی الوارث بعد إخراج الوصایا و الدیون. و علیه: فان استوعب الدین و أحاط بالترکه لم ینتقل الی الوارث شیء منها.

و القول بانتقالها الی الوارث یبتنی علی التجوز اما فی المطلق بأن یحمل علی الأعم من الملک المستقر و غیر المستقر، و اما فی المقید فیکون المعنی: استقرار الملک بعد الوصیه و الدین.

و مع التنزل عن هذا الدلیل و غیره فإن الأصل عدم انتقال المال الی الوارث و بقاؤه علی ملک المیت، لأن الملکیه أمر اعتباری فیجوز اعتبارها له، و مع الشک فی البقاء یستصحب، الا أن یقال

بـأن العقلاء يفرقون فی هـذا الاعتبار بين الحی و الميت، و هو بعيـد، و علی هـذا الأساس يتضـح معنی الوصـيه، فإنها فی الحقيقه تصرف المالک فی ماله بعد حياته.

و أمـا بناء علی أن الملكيه من عوارض الوجود و أنها أمر يقوم بنفس المالک فان مات زالت فلا يتم الاستصـحاب، و عليه يكون المال بعد موت مالكه بلا مالک، لكن يكون بحكم مال الميت و تجری عليه أحكامه.

و أمـا القول بـأن الشـک فی بقـاء المـال علی ملک الميت مسـبب عن الشک فی انتقاله الی وارثه، و مع جريان أصاله العـدم فی المسبب يزول الشک فی بقائه علی ملک الميت. ففيه: انه أصل مثبت و هو ليس بحجه.

و كيف كان فان تم هذا الأصل فهو و الا وصلت النوبه إلی الاحتياط و مقتضاه العمل طبق الوصيه و أداء الدين باذن الوارث.

قال المحقق: «و فی الحالين للوارث المحاكمه علی ما يدعيه لمورثه لأنه قائم مقامه» .

أقول: و سواء علی القولين: القول الثـانی و هو الانتقـال و القول الأـول و هو عـدم الانتقـال، فان الوارث يطالب بحقوق الميت اما لانه المالک و اما لانه قائم مقامه.

و لو ادعی ديان الميت علی المـدين فحلف علی الإنكار لم يجز لهم مطالبته فيما بعـد، فان جاء الوارث و أقام البينه علی المـدين فهل تسمع دعواه أو أن اليمين تلک فصلت الخصومه؟ الظاهر هو الأول.

البحث الثالث

اشاره

(فی الیمین مع الشاهد)

قال المحقق: «یقضی بالشاهد و الیمین فی الجمله استنادا الی قضاء رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و قضاء علی علیه السلام بعده» .

أقول: لا ریب و لا خلاف فی القضاء بذلک فی الجمله، و القدر المسلم منه أن تکون الدعوی فی الدین فیشهد الشاهد و یحلف المدعی، فهذا هو القدر المتیقن من معقد الإجماع و نصوص المسأله الحاکیه لقضاء النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم و أمیر المؤمنین علیه السلام مثل:

۱) ما عن محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یجیز فی الدین شهاده رجل واحد و یمین صاحب الدین، و لم یجز فی الهلال إلا شاهدی عدل» (۱) .

۲) عن منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یقضی بشاهد واحد مع یمین

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۲. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.

صاحب الحق» ((۱)) .

۳) عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام:

یقول: «کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهاده رجل و یمین المدعی» ((۲)) ۴) عن حماد بن عیسی قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: «حدثنی أبی علیه السلام أن رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم قضی بشاهد و یمین» ((۳)) .

۵) عن أبی بصیر قال: «سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد. قال فقال: کان رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم یقضی بشاهد واحد و یمین صاحب الحق و ذلک فی الدین» ((۴)) .

ثم ان کان المراد من البینه فی قول رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» و فی أخبار:

«البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» و نحوه هو ما یبین الشیء (۱)) فلا کلام، و ان کان المراد منها شهاده الشاهدین فی الواقعه

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.
۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب ۱۴: من أبواب کیفیه الحکم.
۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.
۴- ۴) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۳. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم.

-كما هو المنسبق الى أذهان المتشرعه عند الإطلاق-فإن ثبوت الدعوى بشاهد و يمين فى بعض الموارد يكون من جهه الأدله المعتبره الداله عليه، فتكون تلك الأدله مخصصه للخبرين المذكورين من حيث الاكتفاء هنا بشاهد و يمين المدعى، و من حيث أن اليمين هنا تكون على المدعى لا على المدعى عليه.

و ما ورد فى بعض الاخبار المتقدمه من «كان رسول اللّه (ص) .» و «كان على عليه السلام.» ظاهر فى أن سيرتهما عليهما السلام كانت على ذلك و لم يكن قضاؤهما فى تلك الموارد خاصه بها أو نادر الوقوع.

۶) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: دخل الحكم بن عتبه و سلمه بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم و قضى به على عليه السلام عندكم بالكوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن. فقال:

و أين وجدتموه خلاف القرآن؟ قالا: ان اللّه يقول وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ. فقال قول اللّه «وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» هو لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا! ! . ثم قال: ان عليا عليه السلام كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد اللّه بن قفل التميمى و معه درع طلحه، فقال على عليه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم

البصره. فقال له عبد اللّه بن قفل: اجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین، فجعل بینه و بینه شریحا.

فقال علی علیه السلام: هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقال له شریح: هات علی ما تقول بینه، فأتاه بالحسن فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال شریح: هذا شاهد واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال شریح: هذا مملوک و لا أقضی بشهاده مملوک.

قال: فغضب علی علیه السلام و قال: خذها فان هذا قضی بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شریح و قال: لا أقضی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضیت بجور ثلاث مرات. فقال له: ویلک-أو ویحک-انی لما أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقلت: هات علی ما تقول بینه و قد قال رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم: حیث ما وجد غلول أخذ بغیر بینه فقلت: رجل لم یسمع الحدیث فهذه واحده، ثم أتیتک بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر و قد قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده واحد و یمین، فهذه ثنتان، ثم أتیتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره فقلت:

هذا مملوک و ما بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلا.

ثم قال: ویلک-أو ویحک-ان امام المسلمین یؤمن من

أمورهم على ما هو أعظم من هذا» ((۱)) .

قلت: و شريح مخطئ من جهات أخر أيضا لم يشر الامام عليه السلام إليها.

قال المحقق: «و يشترط شهاده الشاهد أولا و ثبوت عدالته ثم اليمين» .

أقول: لا ريب فى اشتراط ثبوت عداله الشاهد، انما الكلام فى لزوم تقدم الشهاده و ثبوت عدالته قبل يمين المدعى، فقال المحقق:

حكم ما لو تقدمت اليمين على الشهاده

«و لو بدأ باليمين وقعت لاغيه و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامه» .

أقول: قد ذكرنا أن القدر المتيقن نفوذ الحكم الصادر بعد الشهاده و اليمين، فهذا الذى لا ريب فيه، بخلاف ما إذا تقدمت اليمين على الشهاده، و مع الشك فالأصل عدم النفوذ، لانه المرجع فى كل مورد شك فى نفوذ الحكم فيه.

و أما الاستدلال لاشتراط تقدم إقامه الشهاده على اليمين بتقدم ذكرها عليها فى نصوص المسأله ففيه: أولا-ان التقدم الذكرى فى النصوص لا يقتضى التقدم فى مجلس القضاء و كيفيه المحاكمه.

و ثانيا: لقد ذكرت اليمين فى بعض النصوص مقدمه على الشهاده ((۲)) .

ص:۴۴۳

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۴. الباب:۱۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى. الحديث:۱۶،۱۵.

و من هنـا نقول: ان الظـاهر أن نصوص المسأله ليست بصـدد بيان الكيفيه مطلقا، بل هى فى مقام بيان أصل المطلب، و هو ثبوت الـدعوى هنـا بشاهـد واحـد و يمين المـدعى من دون تعرض الى الخصوصـيات، لكن المؤثر يقينا هو صوره تقـدم الشـهاده على اليمين، و نفوذ الحكم فى صوره العكس مشكوك فيه فالمرجع هو الأصل المزبور.

و فى المسالـك: «أما اشتراط إقامه الشـهاده أولا لان المـدعى وظيفته البينه لا اليمين بالأصاله، فإذا أقام شاهـده صارت البينه التى هى وظيفته ناقصه و متممها اليمين بالنص، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتدأ بما ليس وظيفه و لم يتقدمه ما يكون متمما له» .

و فيه: ما ذكرنا من أن المستفاد من نصوص المسأله أن وظيفته هنا اقامه الشاهد الواحد و اليمين حتى تثبت دعواه، فالقضاء يكون بكلا الأمرين و ليس فى شىء من النصوص إشاره الى أن وظيفته هنا إقامه البينه-كسائر الموارد-و أن يمينه تكون متممه للوظيفه الناقصه من جهه عدم الشاهد الأخر.

و عن كـاشف اللثـام الاسـتدلال له بأن جانبه حينئـذ يقوى، و انما يحلف من يقوى جانبه، كما أنه يحلف إذا نكل المـدعى عليه، لان النكول قوى جانبه.

و فيه: انه استحسان لا أكثر.

و الحاصل: ان المثبت للـدعوى كلا الأمرين الشـهاده و اليمين حالكونها متقدمه على اليمين، و صوره العكس مشـكوك فيها من حيث

النفوذ و عدمه و الأصل هو العدم، و على ما ذكرنا فلو رجع الشاهد عن شهادته يكون الغرم نصف ما أخذه المدعى من المال فى هذه الدعوى.

الكلام فی مورد قبول الشاهد و الیمین

ثم هل ثبوت الدعوى بشاهد واحد و يمين يختص بما إذا كانت فى الدين، أو تثبت فى مطلق ما كان مالا أو كان المقصود منه المال أو يثبت بذلك كل ما كان للناس من حق أو مال؟ قال بالأول جماعه، و اختار الثانى آخرون بل نسب الى المشهور و يشهد للثالث إطلاق عده من الاخبار كخبر منصور بن حازم، و خبر حماد بن عيسى، و كالاخبار الاتيه:

۱) عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «كان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» (۱) و «كان» له ظهور فى الاستمرار.

۲) عن أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «أجاز رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم شهاده شاهد مع يمين طالب الحق إذا حلف أنه الحق» (۲) و «أجاز» هنا بمعنى «الإنفاذ» .

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى.

۳) عن العباس بن هلال عن أبی الحسن الرضا علیه السلام قال: «ان جعفر بن محمد علیهما السلام قال له أبو حنیفه: کیف تقضون بالیمین مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر علیه السلام: قضی به رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم و قضی به علی علیه السلام عندکم. فضحک أبو حنیفه. فقال له جعفر علیه السلام: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه. فقال: ما نفعل. فقال: بلی یشهد مائه فترسلون واحدا یسأل عنهم ثم تجیزون شهادتهم بقوله» ((۱)) .

۴) محمد بن علی بن الحسین قال: «قضی رسول اللّه صلی اللّه علیه و آله و سلم بشهاده شاهد و یمین المدعی. قال و قال علیه السلام:

نزل جبرئیل بشهاده شاهد و یمین صاحب الحق و حکم به أمیر المؤمنین علیه السلام بالعراق» ((۲)) .

۵) عن جابر بن عبد اللّه قال: «جاء جبرئیل إلی النبی صلی اللّه علیه و آله و سلم فأمره أن یأخذ بالیمین مع الشاهد» ((۳)) و هذا الخبر أیضا ظاهر فی أن الحکم الشرعی ذلک، و هو بإطلاقه یشمل المال و غیره.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.
۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.
۳- ۳) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۶. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

لکن لا ریب فی خروج «حق اللّه» من تحت هـذه المطلقات لصـحیحه محمـد بن مسـلم عن أبی جعفر علیه السـلام قال: «لو کان الأمر إلینا أجزنا شـهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس، فأما ما کان من حقوق اللّه عز و جل أو رؤیه الهلال فلا (۱)» و المراد بضم الأخبار الأخری و الإجماع: شـهاده الرجل الواحد مع الیمین، و المراد من «الخصم» هو نفس المدعی.

و اسـتدل للقول الأول-و هو التخصیص بالدین-بعده من الاخبار المذکوره کخبر محمد بن مسلم و خبر أبی بصیر المتقدمین بل فی خبر القاسم بن سلیمان:

«سـمعت أبا عبـد اللّه علیه السـلام یقول: قضـی رسول اللّه صـلی اللّه علیه و آله و سـلم بشـهاده رجل مع یمین الطالب فی الـدین وحده» (۲) .

و قـد حمل إطلاق النصوص السابقه علی التقییـد فی هذه النصوص و أجیب عن خبر درع طلحه-حیث کان النزاع فی العین-بأنه انما أنکر أمیر المؤمنین علیه السـلام علی إطلاق قول شـریح «ما أقضـی إلا بشاهد آخر معه» ، ضروره عدم کون خصوص المقام مما یکتفی فیه بالشاهد و الیمین من الوالی.

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲) وسائل الشیعه:۱۸-۱۹۵. الباب:۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و قد يستشكل فى هذا الحمل بأن أخبار «الدين» تحكى حكم رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم بالشاهد و اليمين فى الدين، و هذا لا مفهوم له بل هو نظير: أكرم العالم الفقيه، إذ لا يفهم منه عدم وجوب إكرام العالم النحوى مثلا.

بل دعوى اختصاص «الدين» بالمال ممنوعه، فقد ورد التعبير فى الروايات عن الحج ب «الدين» (1) .

و فى الجواهر: ان حمل المطلق على المقيد انما يصح بعد فرض التقييد و عدم قوه المطلق من حيث كونه مطلقا و هما معا ممنوعان، لإمكان عدم اراده التقييد فى النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فى الدين أو جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره.

فالحاصل أنه لا مانع من حمل أخبار الدين على نقل الامام عليه السلام حكم رسول اللّه و أمير المؤمنين صلى اللّه عليهما و آلهما بنحو القضايا الشخصيه-نظير قوله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الكوفه بكذا-ثم يقول بنحو الحكم الكلى: «لو كان الأمر إلينا أجزنا. فى حقوق الناس» ، و ربما يشهد بما ذكرنا أنه جاء فى خبر القاسم بن سليمان المشتمل على لفظ «فى الدين وحده» :

«و قضى رسول اللّه.» و لم يقل: «كان رسول اللّه يقضى.» .

---

۱ - ۱) راجع وسائل الشيعه ج:۹، كتاب الحج، الباب ۲۵ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الأحاديث:۵،۴، الباب ۲۸، الحديث:۹.

هذا كله بعد الإغضاء عن قصور السند فى بعض الاخبار التى أخذت مقيده للإطلاقات (۱)) .

و بعد، فان مقتضى الإطلاقات هو عدم التخصيص بالدين و الحكم بالشاهد و اليمين فى غيره من الحقوق الماليه، و هل يجوز التعديه عنها الى مطلق حق الناس؟ ان مقتضى الإطلاقات هو ذلك، لكن المشهور على خلافه، و لعل وجه تقييدهم بالحقوق الماليه ما روى مرسلا عن ابن عباس: «ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم قال: استشرت جبرئيل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على بذلك فى الأموال و قال: لا تعدو ذلك» لكنه-كما فى الجواهر- ليس هو من طرقنا و لا معروف النقل فى كتب فروعنا. فالأولى ما ذكره قدس سره من احتمال فهم الأصحاب «المال» من نصوص «الدين» لا خصوص المعنى المصطلح، فالمراد من «الدين وحده» هو «المال وحده» فتخرج الحقوق التى ليست بمال، و أما «حقوق الناس» فى صحيحه محمد بن مسلم فينصرف الى الحقوق الماليه فلا إطلاق له. و كيف كان فلا ريب فى ثبوت الحق بشاهد و يمين إذا كان مورد النزاع عينا.

ص:۴۴۹

كما لا ريب فى كفايه اليمين مع المرأتين القائمتين مقام الرجل الواحد فى الشهاده للنصوص الداله على ذلك، و منها:

۱) عن منصور بن حازم: «ان أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» (۱) أى: فهو نافذ.

۲) عن الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام «ان رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف باللّه أن حقه لحق» (۲) .

ثم انه-بعد أن استقر رأى المشهور على الثبوت فى الحقوق الماليه-لم يفرقوا بين أن يكون المدعى بنفسه مالا و بين أن يكون من الحقوق التى تترتب عليها آثار ماليه و لذا ذكر المحقق «قده» أمثله من القسمين ثم ذكر الضابط فى المسأله قال:

«و يثبت الحكم بذلك فى الأموال كالدين» فإنه حق مالى صرف «و القرض» فإنه لما يقول له: قد أقرضتك كذا يدعى حقا ماليا له على ذمته «و الغصب» كذلك، فإنه و ان كان مغايرا للمال مفهوما، لكنه لما يدعى عليه غصب شىء له فإنه يستلزم كون ذلک الشىء

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۷. الباب:۱۵ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى، و هى صحيحه.

۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۸-۱۹۸. الباب:۱۵ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى، و هى صحيحه.

ملكا له «و فی المعاوضات» یثبت الحکم أیضا، فإن المقصود فیها هو المال «کالبیع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الوصیه له» فی مال عینا أو دینا «و الجنایه الموجبه للدیه کالخطإ» فمن ادعی جنایه فقد ادعی موضوع الدیه، فهی حق یقصد بها المال، أما لو کانت جنایه موجبه للقصاص فلا، لان القصاص حق و لیس مالا «و عمد الخطأ، و قتل الوالد ولده و الحر بالعبد» إذ تثبت الدیه دون القصاص فإنه لا یقتل الوالد بالولد و الحر بالعبد، «و کسر العظام» حیث یتعذر القصاص و تجب الدیه فتکون الدعوی مالیه «و الجائفه» و هی الجنایه التی تصل الجوف «و المأمومه» و هی التی تصل أم الدماغ.

قال «قده» : «و ضابطه ما کان مالا أو المقصود منه مالا» أی:

بخلاف القصاص و نحوه.

لکن قد وقع الکلام بینهم من جهه أخری، و هی أنه هل یلزم أن یکون المقصود بالذات المال أو یکفی ترتب الأثر المالی مطلقا و ان لم یکن هو المقصود بالذات؟ و لذا اختلفوا فی بعض المصادیق کالنکاح، فقد قال المحقق:

«و فی ثبوت النکاح تردد» .

أی: لتردد المقصود بالنکاح بین کونه مالا و غیر مال، فان قلنا بالثبوت حتی فی صوره کون ترتب المال من اللوازم البعیده ثبت النکاح بالشاهد و الیمین، لان المهر و النفقه-ان کانت الدعوی من الزوجه-وارث الزوج مال الزوجه بعد موتها-ان کانت الدعوی من الزوج-من الآثار المترتبه علی النکاح و ان کان المقصود منه بالذات

هو التناسل و اقامه السنه و کف النفس عن الحرام، و النفقه و المهر تابعان (۱)) .

قال «قده» : «أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبیر و الکتابه و النسب و الوکاله و الوصیه الیه و عیوب النساء فلا» .

أقول: لکن الخلع إذا ادعاه الزوج یثبت بالشاهد و الیمین لدخوله فی الضابط الذی ذکره من جهه أنه مشروط ببذل الزوجه مالا الی الزوج لیطلقها به، فحیث یدعی الرجل ذلک فإنه یدعی حقا مالیا.

ص:۴۵۲

قال: «و فی الوقف إشكال منشؤه النظر الی من ینتقل، و الأشبه القبول لانتقاله الی الموقوف علیهم» .

أقول: هذا فی الوقف الخاص، و أما العام فلا تتضمن دعواه المال، لان الموقوف بالوقف العام لا مالک له بل یکون کعتق العبد للّه، و لو قلنا بالانتقال فیه الی الموقوف علیهم فإنه یتعذر حلف جمیعهم و لا فائده فی یمین بعضهم.

أقول: و صفوه الکلام فی هذا المقام هو: أن الأصل الاولی هو عدم ثبوت شیء إلا مع العلم، ثم ان قوله صلی اللّه علیه و آله و سلم «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» أصبح أصلا ثانویا، فتقبل کل دعوی أقام المدعی فیها البینه علی دعواه و یحکم له بثبوت حقه، ثم نزل جبرئیل علیه «ص» بالشاهد و الیمین-فیجوز أن یکون حاکما علی الحدیث السابق، و أن یکون مقیدا له فیکون الحصر فیه إضافیا-ثم قید إطلاق قبول الشاهد و الیمین بحقوق الناس، فلا یقبل ذلک فی حقوق اللّه تعالی، ثم وقع الخلاف بینهم فی المراد من «حقوق الناس» و قد تقدم عدم جواز التعویل علی ما روی عن ابن عباس-فان تم ما ذکرنا من انصراف «حق الناس» الی «الحق المالی» فهو، و الا فهی شبهه مفهومیه مردده بین الأقل و الأکثر، و الأقل هو المتیقن، و المرجع فیما زاد عنه هو «انما أقضی بینکم.» فیقبل الشاهد و الیمین فی کل ما کان مالا من حقوق الناس.

و «الحق المالی» أیضا مردد بین ما هو حق مالی بالذات و ما

هو حق مالی مطلقا-سواء کان مالا بالـذات أو بالتبع-و هنا أیضا یؤخذ بالقدر المتیقن-و هو الحق المالی بالمقصود بالذات-و ان لم یکن عنوان الدعوی مالا مثل البیع، و لذا قال فی الجواهر:

«و من الغریب اتفاقهم علی خروج الوکاله عن المال و ان کانت بجعل و کذا الوصیه و اختلافهم فی العتق» .

و أما فی موارد الشـبهه المصـداقیه، فلا یؤخـذ فیها بعموم العام بل المرجع هو الأصل. نعم للمتداعیین العمل بالاحتیاط فی صوره الشک.

حکم ما لو کان المدعی جماعه و الشاهد واحد

قال المحقق: «و لا تثبت دعوی الجماعه مع الشاهد الا مع حلف کل واحد منهم» .

أقول: هـذا لا اشـکال فیه، لان الـدعوی حینئـذ تنحل إلی دعاوی متعـدده و ان کانت شـهاده الشاهـد الواحد کافیه لجمیعها، فان حلف جمیع أفراد الجماعه ثبتت الدعوی «و لو امتنع البعض ثبت نصیب من حلف دون الممتنع» لان مقتضی الأدله السابقه ثبوت الـدعوی المالیه بالشاهد و یمین المدعی، فمن حلف مع الشـهاده ثبت حقه و کان له استیفاء سـهمه سواء کانت الدعوی فی حق الإرث أو حق الشرکه، و من امتنع من الحلف فلا یثبت له شیء، و هنا فروع:

«الأول» : هل نکول الممتنع عن الحلف هنا یکون کنکول المدعی عن الیمین المردوده فی سقوط الدعوی فلا یترتب علی

امکان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

أقول: انما لا تسمع دعوى المدعى عليه الإبراء مثلا فيما لو قال المدعى: هذا المال لى الإن و شهد الشاهد على ذلك، كما أنه لو شهد الشاهد على المدعى عليه بأن فلانا مات و له عليك كذا، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه الإبراء و لا يتوقف مطالبه الوارث بالحق منه على عدم بينته. و لعل هذا الذى ذكرناه هو وجه نظر صاحب الجواهر فيما ذكره كاشف اللثام.

«الرابع» : لو ورث الناكل الحالف أخذ سهمه و ان لم يدفع اليه سهمه لامتناعه عن اليمين، إذ لا ملازمه بين الأمرين، نعم لا ريب فى عدم انتقال سهم الحالف الى الناكل فى صوره تكذيبه الدعوى.

«الخامس» : لو أقر المدعى عليه كون المال لزيد الميت بعد شهاده الشاهد و يمينه أو مطلقا، ثم جاء فقال الوارث بأن مورثک قد نقل المال الى، فعلى الوارث أن يحلف على أن المال له الان، و وجه وجوب الحلف عليه للمره الثانيه هو أن ما يدعيه الان دعوى جديده فيتوقف ثبوتها على يمين أخرى، فإن حلف ثبت الحق- الا- إذا أثبت المدعى عليه الانتقال-و هل يلزم إعاده الشهاده كذلك؟ قال العلامه: الأقوى نعم.

أقول: ان كانت هذه دعوى جديده بمعنى أن الوارث يدعى أن هذا المال الثابت للمورث لم ينتقل الى المدعى عليه، فلا بد من اقامه الشهاده أيضا، لأن الشهاده السابقه قد أثبتت الملك للمورث فلا تنفع لدعوى عدم الانتقال الى المدعى عليه، و ان لم تكن دعوى

جديده فلا وجه لاشتراط تجديد اليمين، ففيما ذكره العلامه و غيره هنا تأمل.

عدم جواز الحلف من غير علم:

قال المحقق: «و لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» .

أقول: لا يجوز الحلف من غير علم مطلقا و لا سيما فى مورد المرافعه، و يدل على ذلك النصوص الصريحه مثل:

١-ما عن هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يحلف الرجل الا على علمه» (١) .

٢-و عن أبى بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه» (٢) .

٣-و عن يونس عن بعض أصحابه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يستحلف الرجل الا على علمه و لا تقع اليمين الا على العلم استحلف أو لم يستحلف» (٣) .

قال فى الجواهر بعد عباره المتن: «و ان كان هو مقتضى الأصول العقليه» قلت: لعل مراده ما فى القواعد و غيره من أن من شرط اليمين الجزم و الجزم لا يتحقق الا مع العلم.

هذا، و قد تقدم الكلام على أنه هل تجوز اليمين بمقتضى اليد

١- ١) وسائل الشيعه:١۶-١۵٠. الباب:٢٢ كتاب الايمان.

٢- ٢) وسائل الشيعه:١۶-١۵٠. الباب:٢٢ كتاب الايمان.

٣- ٣) وسائل الشيعه:١۶-١۵٠. الباب:٢٢ كتاب الايمان.

كما تجوز الشهاده أو لا؟ و قد قلنا بجوازها فى كل مورد تجوز الشهاده فيه، سواء كانت استنادا الى اليد أو غيرها من الامارات الشرعيه، بل قيل بجواز الحلف بمقتضى الاستصحاب على اشكال فيه.

و هل يحلف على أنه ماله واقعا أو أنه له بحسب الحكم الظاهرى؟ ان حلف على أن ما بيده ملك له واقعا استنادا الى اليد فان لازم ذلك تجويز الكذب فى هذا المورد، و أن أريد الملكيه الظاهريه لزم التخصيص فى الأصل العقلى و النصوص الوارده فى المسأله لعدم الجزم المعتبر فى اليمين مع أن حكم العقل لا يقبل التخصيص.

أقول: انا نقول بالتخطئه فى الأحكام الواقعيه و الظاهريه معا، و الحكم الظاهرى يمكن تعلق العلم به مع الشک فى الحكم الواقعى، و حينئذ يجوز الحلف بحسب العلم بالحكم الظاهرى، فمرادهم من «لا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا» هو عدم جواز يمين الوارث مثلا استنادا الى كتابه من خط مورثه، أو شهاده شاهد واحد بأن المال الكذائى للمورث.

قال فى الجواهر: أما لو شهد له به شاهدان فقد يقال بالجواز لأنها حجه شرعيه، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من اشكال بل منع فيهما لعدم العلم المعتبر فى الحلف.

و فيه-أولا: ان الفرق بين اليد و البينه غير واضح، و ثانيا:

قد تقدم أن اليمين على اليد هو الحلف بالحكم الظاهرى، و على

هذا فلا فرق بین الید و الاستصحاب.

و الملکیه الظاهریه هی المراد من روایه حفص بن غیاث (۱) .

لا تثبت الیمین مالا لغیر الحالف:

قال المحقق: «و لا یثبت مالا لغیره» .

أقول: قال فی الجواهر: و ان تعلق له به حق، بلا خلاف بل قد یظهر من المسالک و غیرها الإجماع علیه.

و یدل علی ذلک مع ما ذکر ظواهر أدله القضاء کقوله صلی اللّه علیه و آله و سلم: «إنما أقضی بینکم بالبینات و الایمان» ، فإنه ظاهر فی کون البینات و الایمان هی میزان القضاء بین المتخاصمین أنفسهما، و هو منصرف عما لو ادعی مالا لغیره.

قال فی الجواهر: لکن فی کشف اللثام: الا الولی لمال المولی علیه، فان الحالف اما المنکر و اما المدعی له، أما الولی فقوله بمنزله قول المولی علیه. قال: و لم أجده لغیره بل إطلاقهم یقتضی خلافه.

قلت: لکن لم نجد هذا الکلام فی کشف اللثام، بل قد صرح بأن القیم لا یجوز له الحلف، نعم فیه جواز حلف المولی لمال العبد.

قال المحقق: «فلو ادعی غریم المیت مالا له علی آخر مع شاهد فان حلف الوارث ثبت و ان امتنع لم یحلف الغریم» .

أقول: و علی ما ذکرنا فلو مات المدین و لا ترکه له، و قد عرف الدائن مدینا للمیت و له علی حقه من المیت شاهد واحد فهل

۱- ۱) وسائل الشیعه:۱۸-۲۱۵. و قد تقدم نصها فی الکتاب.

له أن يحلف عنـد المـدين الثانى مع شـهاده الشاهد حتى يسـتوفى حقه منه؟ قالوا: يثبت حقه ان حلف الوارث و أما يمينه هو فلا أثر لهـا لأنهـا فى مـال الميت و ان تعلق له به حق، و ترتب هـذا الأـثر على يمين الوارث مبنى على أن الوارث يملك كل ما كان لمورثه، و لو كان الـدين مسـتوعبا لم يجز له التصـرف فى شـىء من المال، فإنه بناء على هـذا يكون يمين الوارث فى ماله لا فى مال الغير.

و تعرض فى الجـواهر إلى مسـأله الوصـيه مـن جهـه أنهـا تتفرع على مـا ذكر من ترتب الأـثر على يمين الـوارث دون الغريـم، فلو أوصـى الميت بصرف كذا من المال فى مورد معين و لم يترك مالا يفى لتنجيز الوصيه، لكن ادعى الوارث بأن والده مثلا يطلب من فلان كذا من المال، فقيل: الوصـيه بحكم الدين فى ترتب الأثر على يمين الوارث فقط، و فى الجواهر: ان كانت الوصيه كليه غير متعلقه بالمـال فهى كالـدين، و ان كـانت متعلقه بالمـال-و لو بعنوان الكلى فى المعين كالعشـره دنـانير من المال، أو الحصـه المشاعه- فالحكم يبتنى على القول بانتقال ما للميت الى الوارث بالموت و عدمه.

أقول: الوصيه (تاره) تتعلق بالفعل-و ان كان مشتملا على المال-فهنا صورتان:

«فالأـولى» : أن يكون مراد الموصـى صـرف كـذا من مـاله قبل انتقاله الى الوارث. فبناء على أن الملكيه أمر اعتبارى يكون المال للميت و على الوصى صرف المال الذى أوصى به فى المورد الذى

عینه، و فی هذه الصوره لا یحلف الوصـی و لا الوارث و لا الموصـی له، لان المفروض کون المال للمیت و حلف کل واحد من هؤلاء یکون فی مال الغیر فلا أثر له.

و کذا الأمر بناء علی القول ببقاء المال فی حکم مال المیت.

و «الصوره الثـانیه» : أن تکون الوصـیه بنحو ترتب نفوذهـا علی انتقـال المـال الی الوارث، أی یکون تملک الوارث له مقـدما فی الرتبه علی تملک الموصی له، ففی هذه الصوره یحلف الوارث أو الوصی.

و بنـاء علی کون المـال الموصـی به فی حکم الـدین-بمعنی جعل المورث علی ذمه الوارث کـذا من المال بأن ینتقل الیه بحکم الإرث ثم تکون ذمته مشغوله بصرف ما عینه المورث فی کذا بحکم الوصیه- فلا إشکال فی أنه یحلف حینئذ.

و أما لو کانت الوصیه مضافه الی المال بنحو الحصه المشاعه فلا یحلف.

(و أخری) تکون الوصـیه بنحو النتیجه، کأن یوصی بأن کذا من المال لزید بعد وفاتی، فإن قبل الموصی له الوصیه فلا أثر لحلف الوارث بـل المؤثر یمین الموصـی له لاـن المـال ملکه، سواء کـان بنحو المشـاع أو المفروز أو الکلی فی المعین، و سواء قلنـا بأن المال یکون بعد الموت فی حکم مال المیت ثم ینتقل الی الموصـی له بحکم الوصـیه، أو قلنا بانتقاله الی الوارث بالإرث ثم الی الموصی له، أو قلنا بانتقاله الی الموصی له رأسا. و ان لم یقبل الموصی له

الوصيه فهنا تأتى الأقوال، و على كل حال فليس له أن يحلف، و أما الوارث فيحلف بناء على انتقال المال إليه بالإرث ثم انتقاله الى الموصى له بعد القبول.

و كذلك الكلام فى المال الذى تعلق به الخمس أو الزكاه ثم خرج المال من تحت يد صاحبه الى الغير، فعلى القول بتعلق الخمس مثلا بذمه الميت فلا يحلف مستحقه. فان قلنا بانتقال المال الى الوارث حلف الوارث، و ان قلنا ببقائه على ملك الميت أو فى حكم ماله فلا يحلف.

هذا، و حيث لا يحلف الغريم فهل له إحلاف المدعى عليه؟ قال فى الجواهر: نعم، لان الدليل على عدم حلفه هو الإجماع و انصراف الأدله، و أما الإحلاف فلا دليل على المنع منه، فان حلف المدعى عليه برأت ذمته و ان نكل ثبت الحق بمجرده ان لم يمكن الرد.

و أما الوارث الذى له أن يحلف فهل يجبر عليه لو امتنع منه؟ قال فى الجواهر: لا، لعدم الدليل، نعم لو كان المورث يمكنه أداء الدين فقصر عنه و أراد الوارث تخليص ذمته كان له ذلک و لكنه ليس بواجب.

و على القول ببقاء المال فى ملک الميت أو فى حكم ملكه قلنا بأنه ليس للوارث أن يحلف، و هنا قال فى الجواهر: اللهم الا أن يقال انه قد ورث حق الدعوى به و ان صار بعد الثبوت على حكم مال الميت و لا تعلق للوارث به. و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلک محررا فى كلام الأصحاب.

ص:۴۶۲

قلت: و ما أشار إليه من التأمل فى هذا الاحتمال هو الظاهر، لان حق الدعوى فى المال يتبع ملكيه نفس المال، لأنه أثر كسائر الآثار المترتبه على تملكه فلا يثبت هذا الحق بالنسبه الى مال الغير إلا فى صوره الوكاله عنه.

و لو أحلف الغريم المدين فحلف سقطت دعوى الغريم تجاهه، و لكن حق الوارث باق، فله أن يحلفه فان حلف و ثبت الحق و استوفاه الوارث فهل للغريم مراجعه الوارث؟ الظاهر: نعم لان سقوط الحق من جهه لا ينافى عدم سقوطه من جهه أخرى.

قال المحقق: «و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه للراهن لم يحلف لان يمينه لإثبات مال الغير» .

أقول: هذا واضح و لا اشكال فيه، نعم لو ادعى رهانه المال و أراد إثباتها من غير تعرض لمالك المال ثبتت بالشاهد و اليمين و ان كان المال ملكا للغير، إذ المفروض إراده إثبات الرهانه لا الملك.

حكم ما لو ادعى جماعه مالا لمورثهم:

قال: «و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم ثبتت الدعوى و قسم بينهم على الفريضه.» .

أقول: ان حلف الجماعه كلهم أخذوا المال المدعى و قسموه بينهم حسب الفريضه سواء كان المال عينا أو دينا.

«و لو كان وصيه قسموه بالسويه الا أن يثبت التفضيل» من الموصى.

و انما يحلف جميعهم لان هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده.

ص:۴۶۳

«و لو امتنعوا لم يحكم لهم» و هذا واضح و لا اشكال فيه.

و لو حلف بعضهم دون بعض ففيه بحث، قال المحقق:

«و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه» .

يعنى سواء كان المدعى به فى الأصل دينا أو عينا، و قيل: يكون له معه شركه مطلقا، و قيل: بالتفصيل بين الدين فلا يشاركه و بين العين فله معه شركه.

أقول: ان حلف الحالف ليس نظير البينه فى الحجيه و إثبات الدعوى حتى يحكم الحاكم للحالف، و ليس امتناعه عن اليمين مثل نكول المدعى عن اليمين المردوده فى سقوط الدعوى، فلو غصب غاصب عينا مشتركه بين أخوين فقال لأحدهما: انى أريد غصب سهم أخيك دون سهمك فدفع اليه نصف العين كان الاخوان شريكين فى النصف، لكون الحق مشاعا و لا حق للغاصب فى افراز السهم إجماعا. هذا فى العين الخارجيه، فلو وقع الترافع بين الأخوين معا و الغاصب الى الحاكم، فحلف أحدهما دون الأخر فقيل باشتراكهما فى النصف الذى يأخذه الحالف كالنصف الباقى بيد الغاصب، لان نكول الممتنع لا يسقط حقه و يمين أحدهما لا يوجب فرز حقه عن حق الأخر فالشركه باقيه، و قيل: بعدم الشركه مطلقا-أى سواء فى العين أو الدين-لحكم الحاكم بكون ما يأخذه الحالف ملكا له فلا يشاركه أخوه الممتنع من الحلف-و قيل:

بالتفصيل بين العين و الدين، فلا شركه فى الدين لانه بالقبض يفرز

سهم كل واحد عن سهم الأخر فيكون ما قبضه الحالف ملكا له.

و لو أقرض رجلان مالا مشتركا بينهما رجلا، كان له تبديل الكلى فى ذمته بمال معين فى الخارج فيكون مشتركا بين الدائنين، و لكن ليس له دفع نصف الـدين إلى أحـدهما، لأـن حق أحـدهما لاـ يتعين دون الأـخر و ان أذن، بـل يكونان شـريكين فى ذلك النصف، فان وقع النزاع بينهم و ترافعوا الى الحاكم فحلف أحـد الشـريكين و امتنع الأخر ثبت نصف الدين الكلى بحكم الحاكم لكن ليس للمدين تعيين النصف الا مع اذن الأخر، لأن الحق المشاع لا يفرز فى الخارج و لا يتعين الا برضا الشريكين.

ثم انه أشـكل فى المسالك على المحقق فى شرح عبارته المذكوره: «و قد يشكل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعيا على آخر مالا و ذكرا سببا موجبا للشركه كالإرث فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الأخر فيما وصل اليه.

فخص بعضـهم هـذا بالدين و ذاك بالعين، لان أعيان التركه مشتركه بين الورثه و المصدق معترف بأنه من التركه بخلاف الدين فإنه انما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض فلم يشاركه الأخر فيه.» .

و لم يفرق فى الجواهر بين العين و الدين حيث قال: «و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سـبب الشـركه فيهما، إذ الـدين عين أيضـا الاـ أنها كليه.» أى: كما لا ينفرز الحق فى الشـىء المشترك فى الخارج الا مع رضا الشـريك فان ما فى الـذمه كذلك،

فیکون الخارج مصداقا لما فی الذمه و مشترکا، و لو أوجد فی الخارج باذن الشریک مصداق نصف ما فی الذمه کان مشترکا بینهما، فلو لم یأذن الشریک فی جعل المصداق لم یکن للمدین ذلک.

لا یقال: إذا کان کذلک لزم ثبوت ما للغیر بیمین غیره.

لأنا نقول: ان المدین بعد الشهاده و الحلف یدفع نصف الحالف الیه، لکن الحالف الأخذ للنصف یعلم و یقر بمشارکه أخیه له فی ذلک بحکم الإرث.

هذا و قال المحقق «قده» فی کتاب الشرکه: «إذا باع الشریکان سلعه صفقه ثم استوفی أحدهما منه شیئا شارکه الأخر فیه» .

و فی الإقرار: «لو أقر بعین أو دین و دفع مقدارا تشارک الشریکان فی ذلک المقدار» .

هل للممتنع عن الیمین شرکه مع الحالف؟

و هنا قال: «و لو حلف بعض أخذ و لم یکن للممتنع معه شرکه» .

و من هنا یظهر أن رأی المحقق یختلف، ففی صوره التنازع یفتی بعدم الشرکه و فی صوره عدمه یقول بالشرکه، و یدل علی ما ذکره فی کتاب الشرکه روایات:

۱) عن أبی حمزه قال: «سئل أبو جعفر علیه السلام عن رجلین بینهما مال منه بأیدیهما و منه غائب عنهما، فاقتسما الذی بأیدیهما و أحال کل واحد منهما من نصیبه الغائب فاقتضی أحدهما و لم یقتض

آخر. قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله» ((۱)) .

۲) عن غیاث عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام مثله الا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما و ما يذهب بينهما» ((۲)) .

۳) عن عبـد اللّه بن سـنان عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام قـال: «سـألته عن رجلين بينهمـا مال منه دين و منه عين، فاقتسـما العين و الدين فتوى (۱)) الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه و خرج الذى للآخر أ يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله» ((۳)) .

و قـال فى الجواهر فى شـرح العبـاره: «لكن هـذه النصوص بـل و المتن و مـا شـابهه مشـتمله على الجزم بالشـركه، و مـا ذاك الا لحصول الاذن من الشـريك بالقبض و لو زعم القسـمه الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشـركه المقبوض، انما الكلام فيما إذا قبض أحـد الشـريكين حصـته لنفسـه مـن دون اذن شـريكه، و قـد ذكر غير واحـد مـن الأصـحاب بـل نسب الى المشـهور أن للشـريك مشـاركه الأخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقـدار حصـته، فيكون قـدر الحصه فى يـد القابض، كقبض الفضول أن أجازه ملكه و تبعه النماء و ان رده ملكه الدافع و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار

۱- ۱) وسائل الشيعه:۱۳-۱۷۹. الباب:۶ كتاب الشركه.
۲- ۲) وسائل الشيعه:۱۳-۱۷۹. الباب:۶ كتاب الشركه.
۳- ۳) وسائل الشيعه:۱۳-۱۸۰. الباب:۶ كتاب الشركه.

الشریک کما فی المسالک، بل فی التذکره التصریح فی تعین حقه به و لا یضمنه للشریک، و قد أطنب فی المسالک فی تحقیق ذلک و أنه من الفضولی، و أن ذلک هو المراد من قولهم تخیر الشریک بین الرجوع علی الغریم و بین الشرکه فیما قبضه شریکه.

و الجمیع کما تری لا ینطبق علی القواعد الشرعیه، و ذلک لانه و ان اتجهت الشرکه مع اجازه القبض لهما بناء علی تأثیر مثل هذه الإجازه فی مثله، و ان کان فیه إشکال أو منع من وجوه بل لم نجده فی المقام لغیر ثانی الشهیدین، لکن اختصاص القابض و ملکه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حینئذ بقاؤه علی ملک الدافع، و ذلک لان القابض لیس له الا نصف المال المشاع بینه و بین شریکه، و مع فرض عدم اجازه الشریک لم یکن المال المقبوض مال الشرکه، و نیه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فی ذلک و ان وافقتها نیه القابض، بل لو رضی الشریک بکون ذلک حصه القابض، و ما فی ذمه الغریم حصه له لم یجد لعدم صحه مثل هذه القسمه.

و دعوی جوازها لکنها مراعاه بقبضه فان حصل تمت و الا رجع علی القابض، و شارکه فیما قبضه تهجس بلا دلیل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمه الدین، و للمعلوم من أنه مع عدم اجازه القبض علی وجه یکون به المقبوض مالا للشرکه لا یکون کذلک، فکیف یعود الیه بعد عدم القبض، و حینئذ فان لم یکن ثمه إجماع أشکل الحکم بملک القابض جمیع ما قبضه بعد عدم الإجازه بل و لا بعضه، اللهم الا أن یقال انه برضا الشریک یکون

المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركه، بل هو فی الحقیقه إجازه لذلک» .

اذن قد فرق المحقق و جماعه بین مورد الدعوی و غیره، و لذا أشکل فی المسالک الفرق ثم نقل عن بعضهم التفصیل بین الدین و العین، و قد أشکل فی الجواهر علی هذا الفرق.

و عن جماعه التفریق بین الإقرار و بین المقام، و أشکله فی المسالک بأن سبب الملک فی المقام لیس هو الیمین بل الأمر السابق من إرث أو وصیه. و یکون أثر الیمین من بعض الجماعه رفع المانع من تصرفهم فی المال برجوعه إلیهم.

هذا و فی الجواهر: «نعم لو أراد الاستقلال بذلک صالحه عن حصته المشاعه بعین أو حول علیها علی إشاعتها أو نحو ذلک مما ذکرناه فی وجه اختصاص بعض الشرکاء عن بعض حتی فی العین» .

و الظاهر أن مراده من «أو حول علیها» أن یحول شریکه علی شخص آخر فیتقاضی منه ما یقابل حقه فی هذا المال فیختص به عن شریکه و لا یطالبه شریکه بحقه فیه.

قال: نعم قد یتجه اختصاص الشریک فی الدین و العین بما یقبضه منهما إذا لم یعلم بقاء سبب الشرکه لاحتمال الإبراء من شریکه أو نقله بحصته علی الإشاعه أو نحو ذلک، و العلم السابق بحصول الشرکه لا یقتضی التشریک فیما یدفعه المدیون أو من فی یده العین منها.

أقول: يمكن أن يقال بأن الشك فى بقاء الشركه مسبب عن الشك فى نقل الشريك حصته مثلا، و جريان الأصل فى السبب لا يثبت بقاء الشركه فى المال الا على القول بالأصل المثبت، و هذا هو مراد صاحب الجواهر، و لكن لا مانع من إجراء أصاله عدم الشركه فى هذه العين فلا يشاركه أخوه فيها، فالاستصحاب فى العين تام و فى الدين مشكل لشبهه الإثبات.

قال: «مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع» .

أقول: انه إذا حلف أحد الشريكين يقول الحاكم للمديون ادفع اليه حقه، فان علم الأخذ ببقاء حق شريكه وجب عليه إعطاؤه حقه، و ان كان شاكا فكذلك للأصل، فقوله أراد بعدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع عدم ثبوتها فى العين فهو غير تام.

قال: بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلك.

أقول: يعنى إذا وقع النزاع فى الإبراء فادعاه المديون و أنكره هو فرضى بيمين المديون، فإذا حلف سقط حقه، و كذا لو رد المديون اليمين عليه فنكل عنها، فإنه يثبت بذلك عدم الشركه بظاهر الشرع.

هذا و يختص المال بالحالف مع غيبه الشريك و ان جاء و حلف، فلا يشارك أخاه فيما أخذ بل يثبت بحلفه حقه على المديون، و لو كان ثمه شركه له فيما أخذه لترتب عليها آثارها كالشركه فى النماء الحاصل بيد الشريك و ضمانه فيما لو تلف المال بيده.

حکم ما لو کان فی المدعین صغیر

قال المحقق: «و لو کان فی الجمله مولی علیه یوقف نصیبه فان کمل و رشد حلف و استحق و ان امتنع لم یحکم له» .

أقول: لقد تقدم أنه لا یحلف أحد فی مال غیره، و علیه فلا یحلف ولی الصغیر مثلا فی مال الصغیر، بل یصبر حتی یکبر فان حلف مع شهاده الشاهد ثبت حقه و ان امتنع فلا.

و هل یجوز توقیف مال المدیون أو تکفیله حتی یکبر الصغیر؟ قیل: نعم ان کان المال عینا، و الأظهر هو العدم مطلقا لعدم ثبوت الحق بعد.

قال: «و ان مات قبل ذلک کان لوارثه الحلف و استیفاء نصیبه» .

أقول: و ان مات الصغیر قبل الکبر طالب الوارث بسهمه فان حلف استوفی نصیبه، و هل یحتاج إلی إعاده الشهاده؟ الأقوی:

العدم مطلقا، خلافا لمن فصل بین ما إذا کان العنوان الإرث فلا حاجه و ما إذا کان العنوان الوصیه فیلزم.

هذا کله فیما إذا أرید إثبات الحق بالشاهد و الیمین، و لو أن بعض الجماعه أقام البینه علی دعواه و حکم الحاکم بثبوت الدعوی فإنه یثبت کون المال الموجود بید المدعی علیه للمیت-ان لم یدع الإبراء أو نحوه-و بذلک یثبت حق جمیع الورثه، و لو تمکن من أخذ بعض المال اشترکوا معه فیه کذلک، فلا تکون البینه حجه لمن أقامها فقط، لکونها طریقا الی الواقع و کاشفه عنه و لازمها

اشتراک جمیع الورثه فی المال حتی الغائب و المجنون و لازم البینه حجه.

و أما فی الدین فان تطبیق المدیون المال علی عین خارجیه موقوف علی اذن جمیع الورثه، و أما المجنون و الغائب فیأذن الحاکم عنهما من باب الولایه، و بناء علی هذه الولایه فللحاکم أن یرافع من قبل الصغیر الذی یکون تحت ولایته بأن یقیم البینه علی حقه مثلا، و أما بناء علی عدم هذه الولایه فإنه یصبر حتی یکبر الصغیر و یطالب بحقه بنفسه.

مسائل خمس

المسأله الأولی

(حکم ما لو قال: هذه الجاریه مملوکتی و أم ولدی)

قال المحقق «قده» : «لو قال: هـذه الجاریه مملوکتی و أم ولـدی حلف مع شاهده و ثبت رقیتها، دون الولد لانه لیس مالا و یثبت لها حکم أم الولد بإقراره» .

أقول: لو کـانت جـاریه فی یـد شـخص فـادعی أحـد أنهـا له و هی أم ولـده فـدعواه تشـتمل علی جهـات «الاولی» کون الجاریه مملوکته و «الثانیه» : أنها أم ولد، و «الثالثه» : لحوق الولد به، و «الرابعه» :

حریه الولد.

فإن أقام شاهدا علی دعواه و حلف مع شاهده ثبت بذلک جهتان «إحداهما» : کون الجاریه مملوکته، لان الجاریه مال و قد تقدم ثبوت الحق المالی بالشاهـد و الیمین، و «الثانیه» : کونها أم الولـد لانه قـد أقر بـذلک، و حینئـذ یثبت لها حکم أم الولـد من عدم جواز

بیعها و عدم انتقالها إلی الورثه بموته و غیر ذلک من الاحکام.

و أما «الجهه الثالثه» فلا تثبت بالشاهد و الیمین لان الولد لیس مالا.

و أما «الجهه الرابعه» و هی حریه الولد-فلا تثبت بالشاهد و الیمین کذلک لأنها لیست بمال، الا أن یقال بأن مورد تأثیر الشاهد و الیمین هو الأعم من صوره إثبات المالیه و صوره نفی المالیه لإطلاق الأدله، و فیما نحن فیه حیث ینکر من بیده الولد حریته فهو علی هذا التقدیر مال، و الذی یدعی حریته ینفی مالیته، فإذا کانت أدله الشاهد و الیمین مطلقه أثرت الشهاده و الیمین من هذه الجهه أیضا و حکم بحریه الولد.

لکن هذا یتوقف علی إطلاق الأدله بل الأظهر ان هذه الأدله وارده فی مورد إحقاق المدعی حقه بالشاهد و الیمین، و أما إنکار حق للآخر فهی منصرفه عنه، و مع التنزل عن ذلک فإنه لو شک فی ذلک کان الحکم عدم ثبوت الحریه بالشاهد و الیمین، بل لا بد من اقامه البینه.

و أما الحکم بالحریه بناء علی الملکیه آنا ما ثم الانعتاق ففیه:

ان الملکیه آنا ما تتحقق فی مورد دعوی الولد مالکیه أحد عمودیه فإنه إن أقام شاهدا و حلف مع شاهده ثبت و تملک آنا ما ثم انعتق علیه و أما فی هذه المسأله فهو یدعی أن هذا الولد حر منذ وجد فلیس له حاله الرقیه سابقا فلا یقاس ما نحن فیه علی ذاک المورد.

و قال فی الجواهر: و أما الحریه فبناء علی ثبوتها بالشاهد و الیمین

فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع. و فيه: ان انتفائه واقعا يقتضى ذلك لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الأخر.

فهى حينئذ كدعوى السرقه، و دعوى أن حريه الولد ليست من حقوق المدعى كى تندرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها الى كونه ولدا له.

أقول: و فى جوابه وجوه من النظر، فأولا: ليست الحريه حقا من الحقوق بل هى عدم تعلق الحق، و ثانيا: ليست الحريه من الحقوق الماليه لو كانت حقا، و ثالثا: سلمنا لكن هذا الحق للحر نفسه، و لا معنى لان يقال بأن حريه الولد من حقوق الأب.

فالحق أن الاشكال المذكور لا يندفع بما ذكره، و يبقى الولد فى يد من بيده الجاريه حتى ترتفع بإقراره مثلا.

و أما قوله: «بل قد يقال ان الحكم بملكيه الجاريه يقتضى الحكم أيضا بملكيه الولد الذى هو من نمائها التابع لها.» ففيه:

ان هذا يصح حالكون الولد قد وجد ملكا للجاريه فيكون ملكا لمولاها بتبعها، لكن المفروض أنه قد وجد حرا كما تقدم، فما ذكره غير تام.

المسأله الثانيه

(حكم ما لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا)

ص:۴۷۵

قال المحقق «قده» : «لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا و على نسلهم فان حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم» .

أقول: الظاهر عدم الفرق بين كون من يدعى وقفيه الدار عليه من الورثه أو غيرهم، فإن الوقفيه تثبت بالشاهد و يمين المدعى، و بذلك تخرج الدار عن التركه فلا يؤدى منها الدين و ان كان مستوعبا و لا تقسم بين الورثه بحسب الميراث، بل تكون بين الموقوف عليهم بحسب صوره الوقف فان انقرض هؤلاء فهل يتوقف أخذ البطن الثانى الدار على إقامه الشهاده و الحلف مره أخرى أم لا بل يكفى لذلك حلف البطن الأول و شهاده شاهدهم على دعواهم المذكوره فتنقل الدار إليهم كالإرث؟ وجهان. و هذا البحث يتوجه فيما إذا كان الوقف المدعى بنحو التشريک بين البطون لا الترتيب، «فالوجه الأول» هو التوقف على تجديد الحلف و الشهاده، لأن دعوى الوقفيه على نفسه و على نسله تنحل فى الواقع الى دعويين: كونه الموقوف عليه ما دام حيا و كون الدار وقفا على نسله من بعده، فبيمينه و شهاده شاهده تثبت الدعوى الاولى، و ثبوت الثانيه يتوقف على يمين البطن الثانى و شهاده شاهدهم.

«و الوجه الثانى» كفايه حلف البطن الأول مع شهاده الشاهد لان البطن الثانى يتلقى الدار من البطن السابق لا من الواقف، و المفروض ثبوت دعوى البطن السابق بكونها وقفا عليه و على نسله.

ص:۴۷۶

و بعباره أخری: ان کـان الواقف یجعـل الـدار للبطن الأول مشـروطا بانتقالها منهم الی البطن الثانی دون سائر الورثه-نظیر إیقاف الـدار علی زیـد مـا دام حیا و انتقالها بعـد موته إلی جهه اقامه المأتم علی سـید الشـهداء علیه السـلام-فلا حاجه الی إثبات البطن الثانی للوقفیه، و ان کان للواقف جعلان أحدهما للبطن الأول و الثانی للبطن الثانی بعد انقراض الأول لزم الحلف و اقامه الشهاده علی الثانی.

و ظاهر المسالک اختیار الوجه الأول، و قـد ذکر وجوها علی ذلک «أخـذها» التنظیر بالإرث، قال: «کما إذا أثبت ملکا بالشاهد و الیمین ثم مات، فان وارثه یأخـذه بغیر یمین» . و أجاب فی الجواهر بأن تملک المورث موضوع فی الـدلیل الشـرعی للانتقال الی الوارث و لکن لا ـ دلیـل فی مسأله الوقف علی أن ما ثبت لهـذا البطن ثابت للبطن اللاحق، نعم ان أقیمت البینه کانت کاشـفه عن ملکیه هذا البطن و نسله.

«و الثانی» قوله: «و لانه قـد ثبت کونه وقفا بحجه یثبت بها الوقف فیـدوم کما لو ثبت بالشاهـدین» . أقول: ان أراد من هـذا الوجه الأخذ بتنقیح المناط بمعنی أن الموجب لأخذ البطن الأول یوجب أخذ الثانی بالأولویه ففیه: أن ذلک ممنوع إلا إذا ثبتت الوقفیه بالبینه. و ان أراد أن ثبوت الوقفیه یستلزم الدوام، لان الدوام له دخل فی مفهوم الوقف، ففیه: ان الذی ثبت بالشاهد و یمین البطن الأول جواز انتفاعهم من منافع الدار لا وقفیتها، لان الوقف لا یثبت

بالشاهد و اليمين، فيكون نظير جواز الصلاه فى الثوب المحكوم بالطهاره استصحابا، فإنه لا يثبت له الطهاره بل ثبت جواز الصلاه فيه.

«و الثالث» قوله: «و لان البطن الثانى و ان كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا فلا يحتاجون الى اليمين.» و فيه: ان هذا ليس بدليل يعتمد عليه.

فتلخص: أن أصل الوقفيه لا يثبت بالشاهد و يمين البطن الأول، فإن وصلت النوبه إلى البطن الثانى وجب عليهم إعاده الشهاده و اليمين و لا ملازمه عقلا أو شرعا بين قول البطن الأول و قول البطن الثانى.

ثم قال فى المسالك: «و ان قلنا بالثانى لم يأخذ إلا باليمين كالبطن الأول، و عليه فلو كان الاستحقاق بعد الورثه كالأولاد مثلا للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريته و محلته فالحكم كالأول، و ان لم يكونوا محصورين بطل الوقف لعدم إمكان إثباته باليمين و عادت الدار إرثا» .

و فيه: انه لا وجه للحكم ببطلان الوقف، نعم لا يثبت الوقف و هو أمر آخر، اللهم الا أن يقال بترتب أثر البطلان عليه، و حيث تعود الدار إرثا فهل يشترط فى استحقاق الوارث منها وجوده عند موت المورث أولا؟ فيه بحث.

ثم قال «قده» : «و هل يصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان» .

أقول: و هذا عجيب، فإنه لما تعود الدار إرثا لا يبقى مورد لهذا البحث.

قـال: «و يحتمـل عودهـا إلى أقرب الناس الى الواقف بناء على أنه وقف تعـذر مصـرفه كالوقف «المنقطع.» أى: انه مع غض النظر عن الاشـكال من جهه تعـذر حلف جميعهم لفرض عدم الانحصار يكون وقفا متعذر المصـرف، فيحتمل عودها إلى أقرب الناس الى الواقف و فيه: انه ان كان المراد من الأقرب إليه هو الأقرب بما هو أقرب لا بما هو وارث فهذا لا يقول به أحد من الأصحاب، و الاولى فى الوقف الذى تعذر مصرفه أن يصرف فى مطلق وجوه البر أو الى الوجه الأقرب الى غرض الواقف.

و لو مات أحد الحالفين و بقى سائرهم صرف نصيبه إليهم، فان لم يبق منهم الا واحد صرف كل الوقف اليه، قال فى المسالك:

«و هل أخذ الآخرين يكون بيمين أو بغير يمين؟ يبنى على أن البطن الثانى هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدم افتقاره الى اليمين فهنـا أولى و ان قلنـا بـاليمين ففيه هنـا وجهان: من انتقال الحق إلى الباقى من غيره فيفتقر الى الحلف. و من كونه قـد حلف مره و صار من أهل الوقف فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر» لكن الأقرب-وفاقا للجواهر-عـدم التوقف على اليمين. هذا كله بالنسبه إلى حكم ما إذا حلف المدعون أجمع.

قال المحقق «قده» : «و ان امتنعوا حكم بها ميراثا و كان نصيب المدعين وقفا» .

أقول: و ان امتنع جميع المدعين للوقفيه عن اليمين اشتركوا مع سائر الورثه فى الدار و قسمت بينهم حسب الفريضه فى الميراث،

لكنهم حيث يعترفون بالوقفيه يكون ما وقع إليهم وقفا فلا يتصرفون فيه التصرف الملكى، و مع موت الناكلين تنتقل سهامهم الى وراثهم و عليهم أن يعاملوا ما ينتقل إليهم معامله الوقف لإقرار مورثيهم بالوقفيه، و لو ادعى هؤلاء على سائر الوراث بأن جميع الدار وقف ففى المسالك: «وجهان مبنيان من كون الأولاد تبعا لابائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه. و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع لانقطاعه قبل طبقتهم، و ان جوزناه جاء الوجهان. و الحق مجيئهما و ان منعنا من الوقف المنقطع الأول، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع و ان انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لان البطن الثانى كالأول، لأن الوقف صار إليهم بالصيغه الأولى عن الواقف، و لان منع الثانى من الحلف يؤدى الى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثانى و هذا لا سبيل اليه. فالقول بجواز حلفهم أقوى، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و المصنف و غيرهما» .

قلت: و ما ذهبوا اليه هو الأقوى، و أما إشكال صاحب الجواهر قدس سره من «أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف لأنه حينئذ يكون يمينا للغير» فمندفع بأن هذه اليمين تثبت عدم انقطاع الابتداء و ليست لابائهم.

قال المحقق: «و ان حلف بعض ثبت نصيب الحالف وقفا و كان الباقى طلقا تقضى منه الديون و تخرج الوصايا و ما فضل ميراثا»
.

أقول: أى ينتفع منه الجميع، و لكن الناكلين الـذين يعترفون بالوقفيه ليس لهم أن يعاملوا ما وقع إليهم معامله الملك، و كذا الأمر بالنسبه إلى وراثهم و ان أعطوا بعنوان الإرث، لأن إقرار آبائهم بالنسبه الى ما بأيـديهم حجه، فلو أقر المورث عنـد الوارث بأن الشيء الفلانى وديعه عنده من فلان و ليس من جمله أمواله وجب على الوارث دفع الشيء إلى مالكه بلا بينه.

و من ادعى الوقفيه و نكـل عن اليمين جـاز لوارثه أن يحلف عليها فيأخـذ مثل وارث الحالف بعـد انقراض البطن الأول. و يترتب على يمين وارث الناكل أنه ان كان الوقف على الأولاد بالسويه و امتنع أحـدهم عن اليمين كان أمر بنته دائرا بين أن تحلف على الوقفيه- فيكون نصيبها مساويا لنصيب أخيها-و بين أن تأخذ نصف سهمه من باب الإرث.

و حيث يثبت نصيب الحالف وقفا فهل يعطى مع ذلك سهما بعنوان الإرث؟ قال المحقق و العلامه قدس سرهما: نعم.

و الأقوى كمـا تقـدم هو جواز حلف الأولاد على أن جميع الـدار وقف، لأنه ليست الوقفيه على البطن الثـانى تابعه للوقفيه على البطن الأول، و أيضا: ليست يمين البطن الثانى تابعه ليمين البطن الأول.

قال المحقق: «و ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا» .

أقول: أى للإقرار كما عرفت آنفا.

قال: «و لو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد و لا يبطل حقهم بامتناع الأول» .

أقول: و هذا واضح و قد عرفته آنفا أيضا.

المسأله الثالثه

(حكم ما لو ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده)

قال المحقق «قده» : «إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه» .

أقول: هذا مذهب المحقق و جماعه، و فى المسالك بنى المسأله على أنه ان كان الأولاد يتلقون الدار مثلا من الواقف فيحلفون و ان كان من البطن الأول فلا، و وجه ما ذكره المحقق «قده» قوله: «لان الثبوت الأول أغنى عن تجديده» يعنى ان ثبوت الوقفيه فى حق البطن الأول يغنى عن إثباته فى حق البطن الثانى.

و فى الجواهر: «لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض» قلت: و هذا هو الاولى.

قال المحقق: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار الى الفقراء أو المصالح» .

أقول: أى لا- يلزم أحد بالحلف حينئذ بل يكتفى لثبوت الوقفيه بحلف البطن الأول مع شهاده شاهدهم، لكن بناء على ما ذهب اليه صاحب الجواهر يجب على الفقراء مثلا- الحلف ان كانوا محصورين و أما فى حال عدم كونهم محصورين فالوقف باطل لعدم صحه اليمين

ص:۴۸۲

من أحدهم، و قد احتمل هنا سقوط اليمين حينئذ، لكن ضعفه فى الجواهر، و قال: بل مناف لظاهر الأدله.

هذا كله فى وقف الترتيب.

قال المحقق: «أما لو ادعى التشريک بينه و بين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين» .

فى الجواهر: قطعا بل لا خلاف أجده فيه، و قد بين المحقق وجه ذلک بقوله: «لان البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى» أى لما تقرر من أنهم جميعا يتلقون الدار من الواقف هذا من جهه، و من جهه أخرى قد تقرر عدم ثبوت حق أحد بيمين غيره.

و خالف السيد صاحب العروه قدس سره فقال الأقوى عدم الحاجه الى الحالف، قال: لان الطبقات المتأخره و ان كانوا يتلقون من الواقف، الا أن الوقف بهذه الكيفيه أمر واحد مستمر، فإذا أثبت من الأول ثبت فى حق الجميع، و فيه أنه ليس فى المقام إلا إنشاء صيغه واحده فيقول: وقفت لاولادى، لكن هذا الإنشاء ينحل بعدد الأولاد فى البطن الواحد، و لكنه حيث يوقف على الأولاد و أولادهم يقول: وقفت على أولادى و أولاد أولادى، و حينئذ يكون شموله للطبقه المتأخره متوقفا على اليمين.

و على ما تقدم قال المحقق: «فلو ادعى إخوه ثلاثه أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد» أى: و ثبت ذلک بالنسبه إليهم «ثم صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعا» فهنا

مسائل:

(الأولى) هل يجب على الولد اليمين عند البلوغ؟ نعم فإنه لا فرق بينه و بين الثلاثه، فكما أن أولئك ثبتت دعواهم و أعطوا حصصهم باليمين فكذلك هذا الولد لا تثبت حصته ما لم يحلف.

و وجه ذلك ما تقدم من كون التلقى عن الواقف، فلو كان رابع الثلاثه من أول الأمر لوجب عليه اليمين مثلهم فالآن كذلك، و على هذا فيوقف له ربع الدار حتى يكبر، و لذا قال المحقق: «و لا تثبت حصه هذا الولد ما لم يحلف، لانه يتلقى الوقف عن الواقف، فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى، و يوقف له الربع» .

(الثانيه) و إذ يوقف له الربع فعند من يوقف؟ فى المسالك:

«فى تسليمه الى وليه أو يوضع فى يد أمين وجهان.» توضيح الأول: انه يجعل عند وليه لان لولده سهما بإقرار الثلاثه، و ما للولد يكون عند وليه، و توضيح الثانى: انه يجعل عند أمين من غير الثلاثه، لأنه قد لا يحلف عند كماله، و يحتمل أن يأبى وليه عن رده، فان كان الوارث منحصرا بالثلاثه فمع إقرارهم بعدم استحقاق ثلاثه أرباع الدار من جهه و مع نكول الولد عند الكمال أو نفيه الوقفيه من جهه أخرى يكون الربع للميت و منه تقضى ديونه و تنجز وصاياه، و ان لم يكن منحصرا كان الربع لسائر الورثه.

و قد اختار صاحب المسالك الوجه الثانى، حيث قال بعده:

«و هذا هو الأصح» و فى الجواهر: قلت بل يتوقف فى أصل إيقافه

لما عرفته فى الوجه الأصح، و حينئذ يجرى عليه حكم ما لم يثبت وقفه و يحرم الثلاثه منه لاعترافهم بعدم استحقاقهم منه شيئا، الا انى لم أجد قائلا بذلك، و لعله قوى للاحتياط فى مثله.

(الثالثه) لو مات الولد قبل البلوغ عادت الدار أثلاثا، و بقى الكلام حول نماء سهمه من حين ولادته الى موته. و حيث أن الثلاثه قد أقروا بكونه للولد فهم ملزمون بحرمانهم منه، فيصل النماء إلى ورثه الولد.

(الرابعه) قال المحقق: «فان كمل و حلف أخذ، و ان امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الإخوه لأنهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و بامتناعه جرى مجرى المعدوم. و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع» .

أقول: ذهب الشيخ رحمه اللّه الى رد الربع إلى الثلاثه لإثباتهم أصل الوقف عليهم، و الولد بنكوله عن اليمين يجرى مجرى المعدوم فتبقى الدار بين الثلاثه كما كان الأمر قبل ولاده الولد. و لان الواقف جعل الإخوه الثلاثه أصلا فى استحقاق الدار ثم أدخل من يتجدد فى جمله المستحقين على سبيل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه باقيه بحالها على الأصول كما كانت، نظير ما إذا مات انسان و خلف ألفا من الدراهم فجاء ثلاثه و ادعى كل واحد ألفا على الميت و أقام شاهدا، فان حلفوا معه فالألف بينهم، و ان حلف اثنان منهم فهو لهما، و ان حلف واحد فالألف له.

فللشيخ رحمه اللّه على ما ذهب اليه وجهان، و قد أشكل المحقق و غيره فى الأول بأن الاخوه معترفون بعدم استحقاق الربع و أنه للولد فكيف يجوز لهم أخذه بنكوله عن اليمين؟ لكن الشيخ نفسه قد تعرض الى هذا الاشكال و أجاب عنه، و هذا نص كلامه: «فان قيل: الثلاثه إذا اعترفوا بالربع للصبى كيف يعود إليهم ما اعترفوا به لغيرهم؟ قلنا: الإقرار ضربان: مطلق و معزى الى سبب، فإذا عزى الى سبب فلم يثبت السبب عاد إلى المقربه، كقولهم: مات أبونا و أوصى لزيد بثلث ماله، فرد ذلك زيد، فإنه يعود على من اعترف بذلك، و كذا من اعترف لغيره بدار فى يده فلم يقبلها الغير عادت الى المقر، كذلك ههنا» .

و فى الوجه الثانى نظر، فأما المثال الأول فالفرق بينه و بين محل الكلام واضح، لانه مع رد زيد الموصى له للوصيه لا تتم تلك الوصيه. و أما الثانى فلا نسلم بعود الدار الى المقر مع عدم قبول المقر له، لان المقر يعترف بعدم استحقاقه لها، فيلزم إعطاؤها للمقر له بأى نحو كان.

هذا، و ما ذهب اليه الشيخ من عود سهم الولد إلى الثلاثه أحد الوجوه فى مصرف هذا السهم فى هذه المسأله، و قد ذكر وجهان آخران:

الأول: صرفه الى الناكل بالرغم من نكوله لاعتراف الاخوه له بالاستحقاق دونهم، الا أن هذا يتوجه فيما إذا كان الولد معترفا

بالوقفيه أو ممتنعا عن اليمين، و أما فى صوره إنكاره لأصل الوقفيه و اعترافه بعدم الاستحقاق فلا وجه لأخذه ما يعطونه، لكن الشيخ لم يمنع من أخذ الثلاثه لهذا السهم مع اعترافهم بعدم كونه لهم مع أن الفرق بين الموضعين غير واضح، الا أن الشيخ قد وجه ما ذهب اليه بما قدمنا نقله عنه من تقسيمه الإقرار إلى ضربين.

و يمكن القول هنا بأن كون المال للاخوه بأحد سببين «الأول» كون المال إرثا، فهم يستحقونه بالإرث بالعنوان الاولى، الا أن يقوم دليل ثانوى على تصرفهم فيه بعنوان آخر. و «الثانى» السبب العارض و العنوان الثانوى و هو الوقفيه. و حينئذ فإن إقرار الإخوه بعدم كون السهم لهم مستند إلى الوقفيه، لكن رفع اليد عن مقتضى الدليل الاولى للاستحقاق يتوقف على ثبوت عنوان الوقفيه، أما هناك فان مجرد عدم ثبوت الوقفيه كاف لثبوت كونه إرثا من غير حاجه الى أن يحلفوا على الإرث، و على هذا فإن الإقرار المستند إلى الوقفيه مع عدم ثبوت المستند لا يمنع من صرف سهم الناكل اليه، فيكونون شركاء فى الإرث، إلا أن الاخوه الثلاثه يعلمون بأن الجمع بين العنوانين لا يجوز.

«الثانى» : أنه وقف تعذر مصرفه، لانه لا يصرف إلى الثلاثه لاعترافهم بعدم الاستحقاق، و لا الى الولد لعدم ثبوته له بنكوله، فيكون من صغريات مسأله الوقف الذى تعذر مصرفه، فهل يرجع الى الواقف أو الى ورثته أو يصرف فى أقرب الوجوه الى غرضه

أو مطلق وجوه البر؟ وجوه.

(الخامسه) : قال المحقق: «و لو مات أحـد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لان الوقف صار أثلاثا و قد كـان له الربع الى حين الوفـاه. فـإن بلغ و حلف أخـذ الجميع، و ان رد كان الربع الى حين الوفاه لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاه للأخوين» .

و هذا مذهب الشيخ «قده» قال المحقق: «و فيه أيضا إشكال كالأول» .

أقـول: ان رد فلا يعطى وراثه شـيئا، بـل يصـرف إلى ورثه الواقف فـإنهم الطبقه الاـولى و ينكرون الوقفيه، و ان لم يكن له ورثه فيصرف الى الحالفين.

هـذا و أضـاف فى الجواهر فرعـا و قـال: و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهـدهم فقال البطن الثانى بعد وجودهم انه وقف تشريك، ففى القواعد: كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئـذ مطـالبتهم بحصـتهم من النمـاء من حين وجودهم. و فى كشف اللثـام: و ان نكلوا خلص الوقف للأـولين ما بقى منهم أحـد، و ان تجـددوا و ادعوا التشـريك قبـل حلف الأـولين كـان خصومـا لهم و لغيرهـم من الورثه، و لكن لا يجـدى نكولهم الا المـدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهـدهم ثبت لهم ذلك، نعم ان انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا. و اللّه العالم.

المسأله الرابعه

(حكم ما لو ادعى عبدا و أنه أعتقه فأنكر المتشبث)

قال المحقق قدس سره: «لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث. قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه. و هو بعيد لانه لا يدعى مالا» .

أقول: لو ادعى عبدا هو الان بيد غيره، فقال انه كان لى و قد أعتقته، فأنكر الذى بيده العبد ذلك. قال الشيخ: يحلف المدعى مع شاهده و يستنقذ العبد. و قال المحقق: «هو بعيد لانه لا يدعى مالا» و قد تقدم أن الذى يثبت بالشاهد الواحد و اليمين هو المال وحده، و تقدم أيضا أن الحريه ليست مالا. و أما بناء على كون الحريه حقا من الحقوق فتشملها صحيحه محمد بن مسلم، فان هذا الحق يكون للعبد نفسه لا لمعتقه، و لا أثر ليمين المعتق لإثبات حق غيره فيكون هذا المورد نظير دعوى أن هذه المرأه أم ولده، بل لو سلم ثبوت المطلب هناك فان هذه الدعوى هنا لا تثبت.

و لعل نظر الشيخ الى ترتب الأثر المالى على هذه الدعوى، و هو أنه يرثه من جهه الولاء.

المسأله الخامسه

(حكم ما لو ادعى عليه القتل و أقام شاهدا)

ص:۴۸۹

قـال المحقق «قـده» : «لو ادعى عليه القتـل و أقـام شاهـدا فـان كـان خطأ أو عمـد الخطأ حلف و حكم له. و ان كان عمـدا موجبا للقصاص لم يثبت باليمين مع الواحد و كانت شهاده الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه» .

أقول: لو ادعى عليه القتل و أقام شاهـدا واحدا فتاره يدعى ما يوجب المال و أخرى يدعى مالا يوجبه، ففى «الصوره الأولى» كما لو كان القتل المدعى خطأ أو عمد الخطأ حلف المدعى مع شـهاده الشاهد و حكم له لما تقدم من ثبوت الحق المالى بالشاهد و اليمين.

و فى «الصوره الثـانيه» كما لو كان القتل المـدعى عمـدا موجبا للقصاص لم يثبت الحق باليمين مع شـهاده الشاهـد الواحـد لعـدم كونه حقا ماليا، و تكون شهاده الشاهد الواحد فى هذه الصوره لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه حينئذ بالقسامه.

و توضـيحه: ان قتل العمـد يثبت بأمور: (۱) البينه، (۲) إقرار القاتل، و يكفى مره واحـده. (۳) القسـامه فى صوره اللوث. و اللوث أمـاره دون البينه، أى أن يكون هنـاك قرينه موجبه للظن بأنه القاتل فحينئـذ تجب القسامه، مثلا: لو وجـدت جثه شـخص مقتول مضـرج بـدمائه و بالقرب منه شـخص آخر بيـده سـيف ملطـخ بالـدم، فتقام القسامه و هى أن يقسم خمسون رجل-أحـدهم ولى المقتول-بأن فلانا هو القاتل فيثبت القصاص حينئذ و ان لم يكن هؤلاء عدولا.

و لو كانوا خمسه و عشرين رجلا حلف كل واحد منهم مرتين،

ص:۴۹۰

و لو كانوا أقل كرروا اليمين حتى الخمسين، و لو كان الولى وحده حلف خمسين مره، و لو لم يوجد أحد أو امتنعوا عن اليمين حلف خمسون رجل على الإنكار، أو أقيمت البينه على النفى.

و هنا حيث يوجد شاهد واحد كانت شهادته لوثا و جاز للمدعى إثبات دعواه بالقسامه فإن أقيمت ثبت الحكم كما ذكرنا.

(قال الميلانى) : هذا آخر الجزء الأول من الكتاب. و يتلوه ان شاء اللّه تعالى الجزء الثانى و أوله: فى كتاب قاض إلى قاضى.

و الحمد للّه أولا و آخرا و صلى اللّه على محمد و آله الطاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز القائمية اصبهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹